Vergleichung des gegenseitigen gemeinschaftlichen Testaments mit dem gegenseitigen Erbvertrage.

INAUGURAL-DISSERTATION

der

juristischen Fakultät

der

Friedrich-Alexanders-Universität zu Erlangen

vorgelegt von

Friedrich Wagner

aus Odessa.

Approbiert am 18. Dezember 1905.

Berlin 1906.

Druck von Wilhelm Pilz, Landsberger Strasse 108.

135

Referent: Univ.-Professor Dr. Binder.

Meinem Vater

zugeeignet.

Literatur.

Boehm, Das Erbrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches, 2. Auflage, 1900.

Borcherdt, Das Erbrecht und die Nachlassbehandlung, 1901.

Brunner, Quellen und Geschichte des deutschen Rechts, Bd. I der Holtzendorff-Kohlerschen Enzyklopädie, 6. Auflage, 1904.

Cosack, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts, Bd. II, 3. Auflage, 1901.

Dahlmann, Ueber die Unterschiede zwischen einem gemeinschaftlichen Testament und einem Erbvertrag unter Ehegatten, 1901.

Danzer, Das Bayerische Landrecht, 1894.

Dernburg, Pandekten, Bd. III, 7. Auflage, 1903.

— Das bürgerliche Recht des Deutschen Reiches und Preussens, Bd. V, 1905.

Elsas, Ueber die Unterschiede zwischen einem von Ehegatten errichteten gemeinschaftlichen Testamente und einem von Ehegatten abgeschlossenen Erbvertrage, 1901.

Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Bd. III, 7. Auflage, 1900.

Fischer-Henle, Bürgerliches Gesetzbuch, 5. Auflage, 1902.

Hellwig, Die Verträge auf Leistung an Dritte, 1899.

Hendrichs, Die rechtliche Natur des gemeinschaftlichen Testaments nach dem Rechte des Bürgerlichen Gesetzbuches, 1901.

Heusler, Institutionen des deutschen Privatrechts, Bd. I, 1885; Bd. II, 1886.

Hoffmann, Das Bürgerliche Gesetzbuch für das Königreich Sachsen, Bd. I und II, 1889.

v. **Kirchstetter,** Kommentar zum Oesterreichischen Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuche, 5. Auflage, 1894.

Kiss, Zur juristischen Konstruktion der korrespektiven Verfügungen im gemeinschaftlichen Testament in Bd. 25 Heft 1 des Archivs für bürgerliches Recht, 1904.

Knorr, Der Erbvertrag nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche, 1903.
Kuhlenbeck, Von den Pandekten zum Bürgerlichen Gesetzbuche (Erbrecht), 1901.
Loersch, Der *Code civil,* 3. Auflage, 1893.
Loewenwald, Die gemeinschaftlichen Testamente im Bürgerlichen Gesetzbuche, 1899.
Mayer, Lehrbuch des Familien- und Erbrechts, Bd. II, 2. und 3. Auflage, 1900.
Motive zum Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches, Bd. V.
Pelargus, Das Erbrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches, 1899.
Petrich, Ueber den Begriff des Erbvertrages nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch, 1900.
Planck, Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz, Bd. V, 1. und 2. Auflage, 1902.
Protokolle der Kommission für die 2. Lesung eines Bürgerlichen Gesetzbuches, Bd. V.
Reichsgerichtsentscheidungen.
Schiffner, Der Erbvertrag nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche, 1899.
Schmidt, Das gemeinschaftliche Testament, 1902.
Schumacher, Unterschiede zwischen einem gemeinschaftlichen Testament und einem Erbvertrag zwischen Ehegatten nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch.
Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuche, Bd. V, 1902.
Stobbe, Handbuch des deutschen Privatrechts, Bd. V, 1. und 2. Auflage, 1885.
Strohal, Das deutsche Erbrecht, Bd. I, 3. Auflage, 1903.
Ubbelohde, Kritische Beiträge zum Zivilgesetzentwurf in Bd. 75 des Archivs für zivilistische Praxis, 1889.
Windels, Das gemeinschaftliche Testament, 1903.
Windscheid-Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts, Bd. III, 8. Auflage, 1901.

Disposition.

Seite

§ 1. Geschichtlicher Ueberblick 9

§ 2. Rechtliche Natur beider Institute 14

§ 3. Voraussetzungen in der Person der Errichtenden 24

§ 4. Form der Errichtung eines gemeinschaftlichen Testaments bezw. des Abschlusses eines Erbvertrages 27

§ 5. Inhalt des gemeinschaftlichen Testaments und des Erbvertrages 36

§ 6. Die Wirkung beider Rechtsgeschäfte 41

§ 7. Nichtigkeit und Anfechtbarkeit des gemeinschaftlichen Testaments und des gegenseitigen Erbvertrages 50

§ 8. Widerruf des gemeinschaftlichen Testaments bzw. Rücktritt vom gegenseitigen Erbvertrage. Aufhebung beider Rechtsgeschäfte 64

§ 9. Eröffnung des gemeinschaftlichen Testaments und des Erbvertrages 81

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41549827_0031

§ 1.

Einleitung.

Geschichtlicher Ueberblick.

Bevor wir zur Besprechung unseres Themas schreiten, halten wir es für zweckdienlich, ihr einen kurzen geschichtlichen Ueberblick über die beiden von uns zu behandelnden Institute vorauszusenden.

Was vor allem das römische Recht anbetrifft, so war ihm das gemeinschaftliche Testament zwar bekannt, es war aber zweifellos nicht üblich[1]). Nach römischer Auffassung enthält das Testament seiner regelmässigen Bestimmung nach nur die Verfügungen einer Einzelperson über den eigenen Nachlass. An diesem Prinzip des Einzeltestaments hielt das römische Recht fest. Die justinianische Gesetzgebung liess gemeinschaftliche Testamente nur für Soldaten zu *(lex 19 C. de pactis 2, 3)*. Man kann aber sogar diesen Fall nicht als eine Ausnahme von der Regel, dass gemeinschaftliche Testamente nach römischem Recht unzulässig waren,

[1]) Dernburg, Pandekten III, § 97 S. 184 ff. Endemann, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts V, § 44 S. 187 ff. Elsas, Ueber die Unterschiede zwischen einem von Ehegatten errichteten gemeinschaftlichen Testament und einem von Ehegatten abgeschlossenen Erbvertrag nach B.G.B. S. 7 ff.

betrachten, da ja überhaupt die Soldatentestamente an keine Form gebunden waren und von sämtlichen, für andere Testamente geltenden Vorschriften befreit waren. Das einzige an sie gestellte Erfordernis war die Erkennbarkeit des ernsten Willens, ein Testament zu errichten.[1]) In das justinianische Recht nicht aufgenommen wurde die Novelle Valentinians III., welche gemeinschaftliche Testamente anerkannt hatte.

Auch der Erbvertrag findet im römischen Recht zwar Erwähnung, war aber unzulässig. Bei den *negotia mortis causa* war die freie Widerruflichkeit derselben ein wichtiges und wesentliches Moment. In der festen Bindung des Willens des Erblassers durch den Erbvertrag erblickten die Römer etwas Unsittliches und verwarfen den Erbvertrag als *contra bonos mores (L. 61 D. de verborum obligationibus 45, 1).*

Wir sehen also, dass der Ursprung beider Rechtsinstitute nicht im römischen Rechte zu suchen ist. Sie stammen vielmehr beide aus dem deutschen Recht, und zwar ist ihre gemeinschaftliche Quelle zu suchen in den sogenannten Vergabungen von Todeswegen[2]). Dem deutschen Rechte waren ursprünglich letztwillige Verfügungen unbekannt, wie schon Tacitus in der Germania berichtet. Da also Testamente verboten waren, so half man sich durch sogenannte Vergabungen von Todeswegen, d. h. man übertrug bereits bei Leb-

---

[1]) Dernburg, l. c. § 31 S. 134 ff. Endemann, l. c. § 73 S. 138 ff.

[2]) Endemann, l. c. § 21 S. 91 ff., § 56 S. 240 ff. Elsas, l. c. S. 8 ff.

zeiten sein ganzes Vermögen oder Teile desselben durch Einräumung der Gewere entweder auf diejenigen, die man bedenken wollte, selbst oder auf sogenannte Salmänner oder Treuhänder, welche es den Bedachten nach dem Tode des Vergabenden ausantworten sollten. Unmittelbar darauf liess sich aber der Vergabende die Gewere auf Lebenszeit zurückübertragen[1]). Mit der Zeit fiel dann die Uebertragung bei Lebzeiten weg, und an ihre Stelle trat ein gerichtlicher Vertrag. Die sachenrechtliche Seite dieses Vertrages trat immer mehr in den Hintergrund, während der erbrechtliche Charakter immer ausgeprägter wurde. So entstand besonders aus den gegenseitigen Vergabungen von Todeswegen der Erbvertrag in seiner typischen Form.[2])

Als nun das römische Recht in Deutschland rezipiert wurde, fand es das ihm fremde Institut des Erbvertrages derartig fest im deutschen Volksbewusstsein eingewurzelt, dass es dasselbe nicht abschaffen konnte. Indem nun die romanistische Doktrin versuchte, den Erbvertrag römisch-rechtlich zu erklären, bildete sie ihn einerseits um zu den gemeinschaftlichen Testamenten, die die ihnen im römischen Rechte wesentliche Widerruflichkeit behielten, andererseits zu dem deutsch-recht-

---

[1]) Vgl. hierüber auch Brunner, Quellen und Geschichte des deutschen Rechts § 57, in der Holtzendorff-Kohlerschen Enzyklopädie Bd. I S. 260—261.

[2]) So auch Stobbe, Handbuch des deutschen Privatrechts Bd. V, S. 277 § 310 I und § 311 S. 283 a. E. A. M. Heusler, Institutionen des deutschen Privatrechts Bd. II § 199 S. 642.

lichen unwiderruflichen Erbvertrag. So umgebildet fanden beide Institute durch die Praxis und das Gewohnheitsrecht Eingang in das gemeine Recht. Die gemeinschaftlichen Testamente kamen zwar vorzugsweise im gemeinen Rechte nur unter Ehegatten vor, sie waren aber auch unter anderen Personen möglich. Der Erbvertrag fand auch unbeschränkten Eingang.

Die erste grössere deutsche Kodifikation der Neuzeit, der *Codex Maximilianeus Bavaricus* vom Jahre 1756, lässt sowohl das gemeinschaftliche Testament *(Cod. Max. Bav.* III, 4 § 11*)* als auch den Erbvertrag *(Cod. Max. Bav.* III, 11, § 1*)* ganz allgemein und ohne Beschränkung auf Ehegatten zu (vgl. auch hierüber Stobbe, 1. c. § 307 S. 250 und § 311, S. 281).

Dieselben Prinzipien befolgt auch das sächsische B.G.B. vom Jahre 1863, welches das gemeinschaftliche Testament in den §§ 2196 ff., den Erbvertrag in den §§ 2546 ff. behandelt.

Von den bedeutenden ausserdeutschen Kodifikationen erklärt der *Code civil* im Art. 968 das gemeinschaftliche Testament für unzulässig. Dagegen lässt er den Erbvertrag zu, allerdings nur in Verbindung mit einem Ehevertrag. Jedoch braucht der Erbvertrag nicht zwischen den paktierenden Ehegatten abgeschlossen zu sein, sondern kann auch von dem einen Ehegatten nicht nur mit einem von seinen Eltern oder sonstigen Verwandten, sondern auch mit einem beliebigen Fremden abgeschlossen werden (C. c., Art. 1082 und Art. 1093).

Das Oesterreichische Allgemeine B.G.B. von 1811

folgt ganz anderen Prinzipien. Es kennt beide Institute und lässt auch beide zu. Ein gemeinschaftliches Testament kann aber nur von Ehegatten gültig errichtet werden (§§ 583, 1248). Auch der Erbvertrag ist auf den Abschluss unter Ehegatten beschränkt (§§ 602, 1249).

In seinen Vorschriften ist das Oesterreichische Allgemeine B.G.B. in vielen Punkten dem Preussischen Allgemeinen Landrecht gefolgt, nur mit dem Unterschiede, dass das Allgemeine Landrecht den Erbvertrag allgemein ohne Beschränkung auf Ehegatten zulässt (A.L.R., I. 12 §§ 617 ff.). Das gemeinschaftliche Testament kann aber auch nach A.L.R. (I. 12 § 614) nur von Ehegatten abgeschlossen werden.

Das B.G.B. schliesst sich im grossen und ganzen dem Beispiele des A.L.R. an.

§ 2.

Rechtliche Natur beider Institute.

Wir sehen also, dass sowohl das gemeinschaftliche Testament, als auch der Erbvertrag ihre gemeinschaftliche Quelle in den deutsch-rechtlichen Vergabungen von Todeswegen haben, dass sie aber eine verschiedenartige Entwicklung durchgemacht und auch in das Bürgerliche Gesetzbuch als zwei getrennte Institute Aufnahme gefunden haben. Da sie trotz ihrer prinzipiellen Verschiedenheit in vielen Punkten eine grosse Aehnlichkeit aufweisen, so wollen wir versuchen, im folgenden beide Institute mit einander zu vergleichen, um einerseits ihre Aehnlichkeit, andererseits ihre Verschiedenheit festzustellen.

Wir wollen damit beginnen, die rechtliche Natur beider Institute zu untersuchen.

Nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch sind ebenso wie nach gemeinem Recht drei Arten von gemeinschaftlichen Testamenten möglich und zwar:

1. die *testamenta mere simulanea*, d. h. solche, bei denen mehrere Testatoren, jedoch nur Ehegatten, lediglich ihre selbständigen Testamente zusammen errichten, ohne dass

dieselben in irgend welcher Beziehung zu einander stünden. Diese Art von gemeinschaftlichen Testamenten kommt nur sehr selten vor. Wir werden uns im folgenden nicht mit ihnen befassen.

2. Die zweite Art sind die *testamenta reciproca*, in denen sich die gemeinschaftlich Testierenden gegenseitig zu Erben einsetzen oder sonst bedenken.
3. Schliesslich kennt das Bürgerliche Gesetzbuch noch die *testamenta correspectiva*, d. h. solche, die insofern in einem Abhängigkeitsverhältnis zu einander stehen, als sie entweder überhaupt nur mit Rücksicht auf einander errichtet worden sind oder nur einzelne Verfügungen des einen nur mit Rücksicht auf einzelne Verfügungen des anderen getroffen worden sind[1]).

Uns interessieren hier hauptsächlich die *testamenta reciproca*, da dieselben aber fast immer auch korrespektiv zu sein pflegen, so werden sich unsere Besprechungen auch auf letztere beziehen.

Das Bürgerliche Gesetzbuch gibt uns keine Definition des gemeinschaftlichen Testaments im allgemeinen, sondern definiert nur im § 2270 Abs. 1 das *testamentum correspectivum*, indem es als solches ein Testament bezeichnet, in welchem »die Ehegatten Ver-

[1]) Loewenwald, Die gemeinschaftlichen Testamente § 1 S. 5 ff.

fügungen getroffen haben, von denen anzunehmen ist, dass die Verfügungen des einen nicht ohne die Verfügungen des andern getroffen sein würden .

Man kann also keine allgemeine Regel aufstellen, wann ein gemeinschaftliches Testament als korrespektiv anzusehen ist, sondern jedes gemeinschaftliche Testament ist im Einzelfalle daraufhin zu untersuchen. Um diese Aufgabe zu erleichtern gibt uns das Bürgerliche Gesetzbuch im § 2270 Abs. 2 eine Auslegungsregel für zweifelhafte Fälle. Danach ist ein gemeinschaftliches Testament als korrespektiv anzusehen, entweder »wenn sich die Ehegatten gegenseitig bedenken oder wenn dem einen Ehegatten von dem anderen eine Zuwendung gemacht und für den Fall des Ueberlebens des Bedachten eine Verfügung zu Gunsten einer Person getroffen wird, die mit dem andern Ehegatten verwandt ist oder ihm sonst nahe steht«.

Auf Grund dieser Auslegungsregel sehen wir also, dass ein reziprokes Testament stets als korrespektiv anzusehen ist, wenn die Testierenden nicht ausdrücklich (oder stillschweigend durch Anordnung anderer Verfügungen) zu erkennen gegeben haben, dass sie ihre letztwilligen Verfügungen nicht nur mit Rücksicht auf die des anderen Testierenden getroffen haben. Strohal[1]) gibt folgende Definition für das gemeinschaftliche Testament: »Das Wesen des gemeinschaftlichen Testaments *(testamentum simultaneum)* besteht in der

[1]) Strohal, Das deutsche Erbrecht § 43 S. 319.

durch Gemeinschaftlichkeit des Errichtungsvorganges geschaffenen Verbindung der letztwilligen Verfügungen mehrerer Erblasser zu einer formellen Einheit. Mit Rücksicht auf diese formelle Einheit spricht das Bürgerliche Gesetzbuch stets von einem gemeinschaftlichen Testament, trotzdem es nichts anderes ist, als die durch die Gemeinschaftlichkeit der Errichtung hergestellte Verbindung zweier selbständiger Testamente. Das Gesetz setzt also den Begriff des gemeinschaftlichen Testaments als bekannt voraus. Abgesehen von den in den §§ 2265 2273 vorkommenden abweichenden Spezialvorschriften finden also auf das gemeinschaftliche Testament die für das gewöhnliche Testament geltenden Vorschriften der §§ 2064 2264 entsprechende Anwendung.

Das gemeinschaftliche Testament besteht also aus zwei einseitigen letztwilligen Verfügungen (§ 1937); ein wesentliches Merkmal des Testaments überhaupt, also auch des gemeinschaftlichen Testaments, ist dessen freie Widerruflichkeit. Der Widerruf kann nach § 2253 jederzeit erfolgen. Auf die Beschränkung dieser grundsätzlichen Widerruflichkeit bei gemeinschaftlichen korrespektiven Testamenten werden wir weiter unten zu sprechen kommen.

Fassen wir das bisher Gesagte zusammen, so sehen wir, dass das gemeinschaftliche gegenseitige Testament aus zwei selbständigen einseitigen, jederzeit frei widerruflichen, nur formell mit einander verbundenen letzt-

willigen Verfügungen besteht. Diese Definition entspricht denn auch der herrschenden Meinung.[1])

Während aber bezüglich dieser Definition keinerlei Streit herrscht, gibt es, was den Erbvertrag anbetrifft, abgesehen von verschiedenen vermittelnden Zwischenmeinungen, zwei Theorien, die in scharfem Widerspruch miteinander stehen und mit den Schlagwörtern »Vertragstheorie« und »Testamentstheorie« bezeichnet werden[2]). In der heutigen Literatur wird die Vertragstheorie hauptsächlich vertreten von Schiffner[3]). Die Anhänger der Vertragstheorie sehen, wie schon der Name derselben sagt, im Erbvertrage einen Vertrag, dessen Inhalt aus Verfügungen von Todes wegen besteht. Schiffner (l. c. S. 6 ff) tritt der Testamentstheorie entgegen, indem er nachweist, dass das Gesetz vor allem stets den Erbvertrag im Gegensatze oder neben dem Testament nennt, z. B. in den §§ 1941, 1948, 1951, ihn also nicht für eine Art Testament hält. Die Motive (Bd. V) begründen ihre Ansicht, der Erbvertrag sei ein Vertrag, damit, dass sie sagen, sein Name deute schon darauf hin. Diese Begründung kann nicht als ausreichend angesehen werden, denn wie oft liegt in einem Worte ein ganz anderer Sinn, als man nach dem Wortlaute annehmen könnte. Die Motive hätten, wie Schiffner es tut, darauf hinweisen sollen, dass das Bürgerliche Gesetzbuch stets von dem

---

[1]) Vgl. u. a. Stobbe, l. c. § 307 I und II, S. 250 ff.

[2]) Elsas, l. c. S. 14 ff.

[3]) Schiffner, Der Erbvertrag nach dem B.G.B., § 3 S. 5 ff.

Erbvertrag als von einem Vertrage« spricht, so in den §§ 1941, 2278 Abs. 2 (andere Verfügungen können — — — — vertragsmässig nicht getroffen werden«), §§ 2279, 2298 I. Auch die Bezeichnungen »vertragsmässig«, »durch den Vertrag« kommen wiederholt vor. Schiffners Ansicht schliessen sich ferner an Dernburg (l. c. § 95 S. 267), Planck (l. c. S. 513 Bem. 2), Staudinger (Kommentar S. 539 II), Strohal, (1. c. S. 367 II), Kipp (Windscheid-Kipp, Pandekten S. 316 I).

Windscheid (Pandekten S. 184 Note 3) sagt: Zum Begriffe des Vertrages gehört, dass die von einem abgegebene Willenserklärung durch die Erklärung des anderen ergriffen, festgehalten werde.

Welches der Inhalt jener ersten Erklärung sei, ist, wie man längst erkannt hat, für den Begriff des Vertrages gleichgültig, und warum sie gerade darauf nicht sollte gehen können, dass nach meinem Tode jemand, wenn er will, mein Erbe soll werden können, leuchtet nicht ein. Indem der Bezeichnete die Erklärung annimmt, erreicht er, dass ihm die in Aussicht gestellte rechtliche Position nicht mehr verkümmert werden kann, und erlangt damit gerade soviel »sofortiges Recht«, als zum Begriff des Vertrages erforderlich ist. Diese Erklärung Windscheids scheint uns am einfachsten und klarsten auszusprechen, dass der Erbvertrag eben zweifellos ein »Vertrag« ist.

Im Gegensatze zu den Anhängern der Vertragstheorie behaupten die Anhänger der Testamentstheorie, man hätte im Erbvertrage nichts anderes zu sehen, als

ein Testament mit angehängtem Widerrufsverzichtsvertrag. Diese Lehre stammt von Hartmann[1]). Von den modernen Rechtsgelehrten hat Hellwig in seinem Werk Verträge auf Leistung an Dritte (S. 597 ff.) die Hartmann'sche Theorie wieder aufgenommen. Auch Endemann (l. c. S. 212 ff.) ist ein Anhänger der Testamentstheorie. Hellwig versucht nachzuweisen, dass der Erbvertrag nur eine Abart vom Testament ist, d. h. nur ein Testament mit angehängtem Widerrufsverzichtsvertrag. Unseres Erachtens ist Hellwig der Nachweis nicht geglückt. Wie will Hellwig es rechtfertigen, dass seine Theorie im Widerspruch mit dem Wortlaute des Gesetzes steht? § 2302 B.G.B. sagt ausdrücklich: »Ein Vertrag, durch den sich jemand verpflichtet, eine Verfügung von Todes wegen zu errichten oder nicht zu errichten, aufzuheben oder nicht aufzuheben, ist nichtig«. Da sich nun im Widerrufsverzichtsvertrag der Erblasser verpflichtet, eine Verfügung von Todes wegen nicht aufzuheben, so ist ein solcher Vertrag stets nichtig. Folglich fällt die ganze Konstruktion des Erbvertrages als Testament mit angehängtem Widerrufsverzichtsvertrag zusammen. U. E. genügt zwar der Hinweis auf § 2302 zur Widerlegung der Hellwig'schen Meinung; der Vollständigkeit halber wollen wir aber noch Stobbes Ansicht in dieser Frage anführen. Stobbe (l. c. § 311 S. 283) sagt hierüber folgendes: »In neuerer Zeit hat Hartmann ihn (den

[1]) Hartmann, Lehre von den Erbverträgen. 1869.

Erbvertrag) für ein Testament mit vertragsmässigem Verzicht auf den Widerruf erklärt; es habe der bisher angenommene dritte Delationsgrund in der Systematik ganz zu verschwinden und es sei der Erbeinsetzungsvertrag im testamentarischen Erbrecht zu behandeln. Anzuerkennen ist es, dass Testament und Erbvertrag zwei Fälle desselben Genus sind und als gewillkürte Erbfolge der gesetzlichen gegenübertreten. Aber der Erbvertrag erscheint als ein einheitliches Rechtsgeschäft, welches seinem ganzen Inhalte nach sich als zweiseitig ergibt. An sich ist es möglich, dass jemand einseitig sein Testament errichtet und dasselbe nachher durch einen Vertrag für unwiderruflich erklärt (was ja, seitdem das B.G.B. in Kraft getreten ist, wegen § 2302 ausgeschlossen ist). Aber der Erbvertrag darf nicht in zwei nebeneinander bestehende Rechtsgeschäfte aufgelöst werden. Der spätere Erbe einigt sich nicht mit dem Erblasser, dass dieser seine Erbeinsetzung nicht widerrufen darf, sondern die beiden Kontrahenten schliessen lediglich einen Vertrag über die künftige Delation des Erbrechts miteinander ab. Die bekämpfte Auffassung würde in ihrer Konsequenz dahin führen, dass Verträge überhaupt in einseitige Erklärungen aufzulösen seien, denen ein weiterer Vertrag des Inhalts hinzuträte, dass kein Kontrahent seine einseitige Erklärung ohne Genehmigung des anderen zurückziehen dürfe. Ueberdies aber widerspricht sie der historischen Entwicklung; denn die Erbverträge haben sich nicht aus den Testamenten, sondern aus dem zweiseitigen

Geschäft der Vergabung von Todes wegen und die Erbverträge unter Ehegatten insbesondere aus den Eheverträgen entwickelt.« (A. M. Heusler, l. c. § 199 S. 642). Wie wir sehen, ist also auch Stobbe ein Anhänger der Vertragstheorie.

Die weiteren Ausführungen stehen demnach vollständig auf dem Boden der Vertragstheorie. Weiterhin interessiert uns die Frage, was für ein Vertrag der Erbvertrag sei. Ein dinglicher Vertrag ist es jedenfalls nicht, denn er ruft keinerlei dingliche Wirkungen durch seinen Abschluss hervor. Erst nach dem Tode des Vertragserblassers erlangt der Vertragserbe Eigentum an den ihm vertragsmässig zugedachten Sachen. Er ist aber auch kein obligatorischer Vertrag. Denn es ergibt sich aus ihm keine Verpflichtung des Erblassers, dieser verspricht dem Bedachten nichts Bestimmtes. Auch hat der Vertragserbe keinerlei Forderungsrecht aus dem Erbvertrage gegen den Vertragserblasser. Der Erbvertrag ist aber auch kein familienrechtlicher Vertrag, denn es wird durch ihn kein Familienverhältnis begründet oder aufgehoben.

Seine Wirkung ist die, dem Vertragserben eine zukünftige erbrechtliche Stellung zu verschaffen, es ist also ein rein erbrechtlicher Vertrag[1]).

Da wir nun sehen, dass der Erbvertrag ein »Vertrag« ist, so sehen wir weiter, dass er eine bindende Kraft hat, er ist einseitig unwiderruflich, d. h. es bedarf

---

[1]) Schiffner, l. c. S. 11 ff.

der Mitwirkung beider Vertragschliessenden, um den Abschluss des Vertrages rückgängig zu machen. Da also der Erbvertrag bestehen bleibt, auch wenn er nicht dem »letzten« Willen des Erblassers entspricht, so ist er nicht eine letztwillige Verfügung, sondern eine Verfügung von Todes wegen, und zwar eine zweiseitige, unwiderrufliche Verfügung von Todes wegen.

Fassen wir das bisher Gesagte zusammen, so sehen wir, dass zwischen dem gemeinschaftlichen Testament und dem Erbvertrag insofern ihrem Wesen nach ein Unterschied besteht, als das erstere besteht aus zwei einseitigen frei widerruflichen — abgesehen von den abweichenden Bestimmungen für korrespektive Testamente, B.G.B. §§ 2270, 2271 (davon weiter unten) — letztwilligen Verfügungen, es ist also ganz Testament, während der Erbvertrag eine zweiseitige unwiderrufliche — abgesehen vom Falle des vorbehaltenen Rücktritts (§ 2293) — Verfügung von Todes wegen ist, also ganz Vertrag ist.[1])

[1]) Elsas, l. c. S. 30.

§ 3.

Voraussetzungen in der Person der Errichtenden.

Die Voraussetzungen bezüglich der Person der Errichtenden beim gemeinschaftlichen Testament und beim Erbvertrage weisen auch Verschiedenheiten auf.

Damit zwei Personen ein gemeinschaftliches Testament errichten können, ist die hauptsächlichste Voraussetzung die, dass die Testierenden Ehegatten sein müssen. § 2265 schreibt nämlich vor:

> »Ein gemeinschaftliches Testament kann nur von Ehegatten errichtet werden.«

Die übrigen Erfordernisse in der Person der Testierenden richten sich nach den allgemeinen Vorschriften für die Errichtung der Testamente überhaupt (§§ 2229ff.). Die Testierenden müssen also testamentsfähig sein, d. h. sie brauchen nicht volljährig zu sein, sondern müssen nur das 16. Lebensjahr überschritten haben (§ 2229 II). Dieser Fall kann allerdings nur auf Seiten der testierenden Ehefrau vorkommen, denn der Ehemann muss volljährig sein oder doch mindestens für volljährig erklärt worden sein (§ 1303). Die Möglichkeit, dass infolge eines Versehens der

Standesbeamte den Eheschliessungsakt vornimmt, trotzdem der «Ehemann» noch nicht volljährig ist, ist so fernliegend, dass wir ihn nicht weiter berücksichtigen wollen. Eine solche Ehe ist aber trotzdem gültig, wenn der gesetzliche Vertreter des Minderjährigen seine Einwilligung gegeben hatte (vgl. §§ 1304, 1331).

Die in der Geschäftsfähigkeit beschränkte Ehefrau bedarf zur Errichtung des gemeinschaftlichen gegenseitigen Testaments nicht der Zustimmung ihres gesetzlichen Vertreters (§ 2229 I). Dagegen können wegen Geistesschwäche, Verschwendung oder Trunksucht Entmündigte (§ 6), trotzdem sie sonst den in der Geschäftsfähigkeit Beschränkten gleichgestellt sind (§ 114), überhaupt kein Testament errichten (§ 2229 III), und zwar schon dann nicht, wenn nur der Antrag auf Entmündigung gestellt ist, auch nicht mit der Einwilligung ihres gesetzlichen Vertreters. Eine Vertretung der Testierenden bei Errichtung eines gemeinschaftlichen Testaments ist ebenso wie beim gewöhnlichen Testament ausgeschlossen (§ 2064).

Was den Erbvertrag anbetrifft, so muss der Vertragserblasser vertragsfähig, d. h. unbeschränkt geschäftsfähig sein (§ 2275 I). Da im gegenseitigen Erbvertrage, mit dem wir uns in der vorliegenden Abhandlung speziell befassen, beide Vertragschliessende als Erblasser mitwirken, so müssen beide unbeschränkt geschäftsfähig sein. Der Erbvertrag ist nicht nur auf Ehegatten beschränkt, sondern ist ganz allgemein zulässig. In der Praxis werden aber allerdings wohl

gegenseitige Erbverträge hauptsächlich unter Ehegatten und Verlobten vorkommen. Auch beim gegenseitigen Erbvertrage ist eine Vertretung der Beteiligten ausgeschlossen (§ 2274).

Fassen wir das über die Voraussetzungen in der Person der Testierenden und der Vertragschliessenden Gesagte zusammen, so sehen wir, dass sie nur insofern übereinstimmen, als bei beiden Instituten eine Vertretung ausgeschlossen ist. Während aber der Erbvertrag allgemein zulässig ist, ist das gemeinschaftliche Testament auf Ehegatten beschränkt, ferner müssen beim gegenseitigen Erbvertrage beide Vertragschliessenden unbeschränkt geschäftsfähig sein, während beim gemeinschaftlichen Testament die Ehefrau minderjährig, also in der Geschäftsfähigkeit beschränkt sein kann. Wir sehen also, dass auch in dieser Hinsicht eine erhebliche Verschiedenheit zwischen beiden Instituten besteht.

§ 4.

Form der Errichtung eines gemeinschaftlichen Testaments, bezw. des Abschlusses eines Erbvertrages.

Da das gemeinschaftliche Testament aus zwei Testamenten besteht, so gelten für die Form der Errichtung des gemeinschaftlichen Testaments die Vorschriften für die Errichtung der Testamente überhaupt, §§ 2231—2252, mit den Modifikationen der §§ 2266 bis 2267, d. h. ein gemeinschaftliches gegenseitiges Testament kann sowohl in öffentlicher als privater, sowohl in ordentlicher als in ausserordentlicher Form errichtet werden. Ist die Ehefrau noch minderjährig, also in der Geschäftsfähigkeit beschränkt, oder vermag der eine der Testierenden Geschriebenes nicht zu lesen, so können die Ehegatten nach § 2247 ihr gemeinschaftliches Testament nur in ordentlicher öffentlicher Form errichten, d. h. vor einem Richter oder Notar (§ 2231 Ziffer 1). Bei der Errichtung des Testaments muss der Richter einen Gerichtsschreiber oder zwei Zeugen, der Notar einen zweiten Notar oder zwei Zeugen zuziehen (§ 2233). Im übrigen gelten für das gemeinschaftliche Testament alle Formvorschriften, die

nach den §§ 2233—2245 bei dem gewöhnlichen Testament zur Anwendung kommen.

Was die Art der Errichtung betrifft, so kann diese nach § 2238 auf zwei Arten erfolgen, und zwar entweder durch mündliche Erklärung des letzten Willens vor dem Richter oder Notar, oder durch Ueberreichung einer Schrift mit der mündlichen Erklärung, dass dieselbe den letzten Willen enthalte. Die Schrift kann offen oder verschlossen übergeben werden, sie kann vom Erblasser selbst oder von einer anderen Person geschrieben sein. Hierzu ist noch zu bemerken, dass, wenn die Ehefrau noch minderjährig ist oder einer der Testierenden Geschriebenes nicht zu lesen vermag, das gemeinschaftliche Testament nur durch mündliche Erklärung errichtet werden kann. Bezüglich der Art der Errichtung des gemeinschaftlichen Testaments besteht Streit darüber, ob eine gemischte Art zulässig sei, d. h. ob der eine Gatte seinen letzten Willen mündlich, der andere durch Ueberreichung einer Schrift erklären kann. Planck (l. c. S. 491, Vorbem. 3) erklärt die gemischte Form der Errichtung schlechthin für unzulässig. Er sagt hierzu: »Da ein gemeinschaftliches Testament durch einen einheitlichen Rechtsakt errichtet wird, kann die Errichtungsform für beide Ehegatten nur eine und dieselbe sein. Die Errichtung kann daher nicht in einer Form erfolgen, die einem der beiden Teile verschlossen ist«. Seiner Ansicht entsprechend kommt dann Planck zum Resultat, dass z. B. Ehegatten

ein gemeinschaftliches Testament nicht errichten können, wenn der eine stumm oder sonst am Sprechen verhindert ist, während der andere minderjährig ist oder Geschriebenes nicht zu lesen vermag. Die diametral entgegengesetzte Meinung vertritt Dernburg in seinem Bürgerlichen Recht[1]), welcher sagt, es käme garnicht darauf an, ob der eine Ehegatte seinen letzten Willen mündlich, der andere durch Ueberreichung einer Schrift erklärt. Dernburg erklärt die Ansicht Plancks für grundlos und fügt hinzu: »Es ist nicht Aufgabe der Jurisprudenz, Nichtigkeiten zu erfinden, welche das Gesetz nicht kennt«. Unseres Erachtens geht Plancks Ansicht entschieden zu weit. Denn es wäre unbillig, Ehegatten, die an sich vollständig testamentsfähig sind, die Errichtung eines gemeinschaftlichen Testaments aus formellen Bedenken unmöglich zu machen. Andererseits scheint uns auch Dernburgs Ansicht zu weit zu gehen, wenn sie eine gemischte Form in jedem Falle für zulässig erklärt. Wir schliessen uns vielmehr der Strohalschen Ansicht an.[2]) Strohal meint, es liesse sich hierfür keine allgemeine Regel aufstellen, vielmehr sei die Frage »je nach Massgabe der Sachlage bald zu bejahen, bald zu verneinen«. Strohal erklärt seine Ansicht an Beispielen, die ausserordentlich einleuchtend sind. Wenn z. B. der eine Ehegatte den gesamten Inhalt des gemeinschaftlichen Testaments

---

[1]) Dernburg Bd. V § 90 I 1 S. 253.

[2]) Strohal l. c. § 43 S. 320 ff.

mündlich zu Protokoll gegeben und darauf der andere, der stumm oder sonst am Sprechen verhindert ist, eine offene schriftliche Erklärung abgibt, dass der zu Protokoll genommene Testamentsinhalt auch als sein Testament gelten solle, so ist gar nicht einzusehen, weshalb dies, wenn sonst alle Formvorschriften beobachtet worden sind, weniger genügen soll, als wenn auch der erstere eine Schrift überreicht hatte[1]). Wir wiesen schon weiter oben darauf hin, dass man bei Befolgung der Planckschen Ansicht leicht zu unbilligen Resultaten gelangen könnte. Dies scheint auch Strohals Ansicht zu sein. Zu einem anderen Resultate gelangen wir in Betracht des § 2238 II. Vermag der eine Teil Geschriebenes nicht zu lesen, so muss allerdings verlangt werden, dass auch der andere Teil seinen letzten Willen mündlich zu Protokoll gibt, da ja sonst der erstere nicht in der Lage wäre, den Inhalt der letztwilligen Verfügungen des anderen Ehegatten authentisch zu erfahren, was im Widerspruch zum Wesen des gemeinschaftlichen Testaments stünde. Ebenso ist zu entscheiden, wenn die Ehefrau als Minderjährige ihre letztwilligen Verfügungen nur mündlich zu Protokoll geben kann. Bei dieser Bestimmung geht das Gesetz von der Voraussetzung aus, dass Minderjährige ausserstande sind, die volle Bedeutung des Inhalts einer Urkunde zu würdigen. Hier könnte nun dem Willen des Gesetzes entgegen die Gefahr eintreten, dass der

[1]) Strohal l. c. § 43 S. 321 Note 9.

Inhalt der vom anderen Teil überreichten Urkunde doch auf die Erklärung des Minderjährigen bestimmend gewirkt hat.[1]) Wir sehen also, dass diese Frage nicht ganz allgemein geregelt werden kann, sondern dass ihre Beantwortung eine *quaestio facti* ist.

Was das eigenhändige gemeinschaftliche Testament anbetrifft, so kann es von Ehegatten, wie wir schon oben gesehen haben, nur errichtet werden, wenn auch die Ehefrau volljährig ist und beide Teile Geschriebenes lesen können (§ 2247). Nach § 2267 genügt es aber zur Errichtung eines eigenhändigen gemeinschaftlichen Testaments, wenn einer der Ehegatten das Testament in der im § 2231 Ziffer 2 vorgeschriebenen Form errichtet und der andere Ehegatte die Erklärung beifügt, dass das Testament auch als das seinige gelten solle. »Die Erklärung muss unter Angabe des Ortes und des Tages eigenhändig geschrieben und unterschrieben werden« (§ 2267 Satz 2). Natürlich kann auch jeder Ehegatte das eigenhändige Testament vollständig schreiben, aber dann würden zwei eigenhändige Testamente vorliegen und nicht ein gemeinschaftliches.[2]) An die Vorschrift des § 2267 knüpft sich die Streitfrage, ob Ort und Datum der vom anderen Ehegatten beigefügten Erklärung mit dem Ort und Datum des vom ersten geschriebenen Testamentes übereinstimmen müssen.

---

[1]) Strohal l. c. § 43 S. 321 Note 10.

[2]) Fischer-Henle Note 1 zu § 2267.

Die herrschende Meinung verneint dies. Strohal[1]) knüpft die Möglichkeit eines abweichenden Ort- und Zeitdatums an die Bedingung, dass das Datum der Erklärung ein späteres ist als das des Testaments. Dieses Erfordernis ist selbstverständlich; denn die Einwilligung in eine Willenserklärung kann nur volle Geltung haben, wenn diese Willenserklärung bei Abgabe der Einwilligungserklärung abgeschlossen vorliegt. Ebenso auch Planck,[2]) Endemann[3]) und Dernburg.[4])

Wir haben gesehen, dass gemeinschaftliche Testamente sowohl in öffentlicher ordentlicher, als auch in privater ordentlicher Form errichtet werden können. Im folgenden haben wir noch die Errichtung der gemeinschaftlichen Testamente in ausserordentlicher Form zu besprechen.

Unter diesen nimmt die erste Stelle ein das sogenannte Dorftestament. Dieses kann nach § 2249 vor dem Gemeinde-Vorsteher unter Zuziehung von zwei Zeugen errichtet werden, wenn zu besorgen ist, »dass der Erblasser früher sterben werde, als die Errichtung eines Testaments vor einem Richter oder vor einem Notar möglich ist«. Nach § 2266 ist die Errichtung eines gemeinschaftlichen Dorftestaments auch schon dann zulässig, wenn die Voraussetzungen des § 2249 nur bei einem der Ehegatten vorliegen. Es kommt

---

[1]) l. c. § 43 S. 322 Note 13.

[2]) l. c. S. 494 Erl. 2b zu § 2267.

[3]) l. c. S. 119 § 27 Note 14.

[4]) l. c. § 90 S. 254.

dabei nicht darauf an, ob die Besorgnis begründet war oder nicht (§ 2249 II, S. 2).

Die §§ 2250 und 2251 regeln die Testamentserrichtung in abgesperrten Orten, bezw. »während einer Seereise an Bord eines deutschen, nicht zur Kaiserlichen Marine gehörenden Fahrzeugs ausserhalb eines inländischen Hafens . Im ersteren Falle können die Testierenden ein Dorftestament nach § 2249 I oder, wenn auch dies nicht möglich ist, ein Testament durch mündliche Erklärung vor 3 Zeugen errichten (§ 2250). Das sogenannte Seetestament (§ 2251) wird ebenfalls durch mündliche Erklärung vor 3 Zeugen errichtet. Dass hierbei die Voraussetzungen der §§ 2250, 2251 auf beide Ehegatten zutreffen müssen, ergibt sich ohne weiteres aus dem Erfordernisse der mündlichen Erklärung des letzten Willens.[1])

Für den Erbvertrag dagegen sind die Formalitäten der Errichtung entsprechend seiner grösseren Bedeutung (wegen der Bindung der Vertragschliessenden, der Unwiderruflichkeit des Vertrags) eine strengere.

Der Erbvertrag kann nach § 2276 I nur in der Form errichtet werden, die für das ordentliche öffentliche Testament gilt. Auch für den Erbvertrag gelten die Vorschriften der §§ 2233—2245. Für die Errichtung des Erbvertrages gilt also auch alles, was weiter oben über die Errichtung des gemeinschaftlichen Testaments in ordentlicher öffentlicher Form gesagt

---

[1]) Planck l. c. S. 493 Erl. zu § 2266.

worden ist. Es besteht nur eine Formerleichterung für den Abschluss eines Erbvertrages zwischen Ehegatten oder zwischen Verlobten. In diesem Falle soll nach § 2276 II für den Erbvertrag die für einen Ehevertrag vorgeschriebene Form genügen, wenn der Erbvertrag mit dem Ehevertrag in derselben Urkunde verbunden wird. Nach § 1434 muss der Ehevertragakt »unter gleichzeitiger Anwesenheit beider Teile vor Gericht oder vor einem Notar geschlossen werden«. Die Formerleichterung besteht darin, dass der Richter nicht einen Gerichtsschreiber oder 2 Zeugen, oder der Notar nicht einen zweiten Notar oder 2 Zeugen zuzuziehen braucht.

Fassen wir das Gesagte zusammen, so sehen wir, dass das gemeinschaftliche Testament sowohl in öffentlicher als in privater, sowohl in ordentlicher als auch in ausserordentlicher Form errichtet werden kann, während der gegenseitige Erbvertrag nur in öffentlicher Testamentsform und nur unter Ehegatten oder Verlobten in Ehevertragsform, also stets nur in öffentlicher Form, abgeschlossen werden kann.

Hierbei sei noch erwähnt, dass die Rollen der Testierenden, bezw. der Vertragschliessenden verschiedene sind. Während beim gemeinschaftlichen Testament jeder Beteiligte nur als Erblasser fungiert, beide Teile also gleichartig nebeneinanderstehen, hat jeder Vertragschliessende beim Erbvertrage 2 Rollen, er ist einerseits hinsichtlich des anderen Teils Ver-

tragserblasser, andererseits steht er ihm als Vertragserbe gegenüber.

Was die Verwahrung beider Urkunden betrifft, so besteht auch hierbei ein Unterschied. Während das gemeinschaftliche Testament nebst Anlagen nach den für Testamente überhaupt geltenden Vorschriften des § 2246 stets verschlossen und in besondere amtliche Verwahrung gebracht werden soll, wird nach § 2277 die über einen Erbvertrag aufgenommene Urkunde nur dann verschlossen und in besondere amtliche Verwahrung gebracht, wenn die Parteien nicht das Gegenteil verlangen. Das Gegenteil gilt im Zweifel als verlangt, wenn der Erbvertrag mit einem anderen Vertrag in derselben Urkunde verbunden wird« (§ 2277 I, Satz 2).

§ 5.

Inhalt des gemeinschaftlichen Testaments und des Erbvertrags.

Da das gemeinschaftliche Testament materiell aus zwei einzelnen Testamenten besteht, so ergibt sich daraus, dass alles das den Inhalt eines gemeinschaftlichen Testaments bilden kann, was auch in Einzeltestamente aufgenommen werden kann[1]). Somit können in einem gemeinschaftlichen Testament sowohl Verfügungen erbrechtlicher Natur enthalten sein, z. B. Erbeinsetzungen, Vermächtnisse, Auflagen etc., als auch Verfügungen familienrechtlicher Natur, z. B. Anordnung von Vormundschaften etc.[2]). Der einzige Unterschied zwischen einem Einzeltestament und einem gemeinschaftlichen Testament besteht darin, dass beim Einzeltestament der Testamentsinhalt auf einen, beim gemeinschaftlichen Testament auf 2 letzte Willen zurückzuführen ist.

Der Inhalt des Erbvertrags ist zunächst derselbe wie beim gemeinschaftlichen Testament. Aber es besteht dennoch ein Unterschied. Während beim ge-

---

[1]) Vgl. Elsas l. c. S. 41.

[2]) Elsas l. c.

meinschaftlichen Testamente sämtliche letztwillige Verfügungen als einseitige gleichberechtigt nebeneinander stehen, gibt es beim Erbvertrag gewissermassen Verfügungen von Todes wegen ersten und zweiten Ranges. Denn nach § 2278 I kann zwar jeder Vertragschliessende im Erbvertrage vertragsmässige Verfügungen von Todes wegen treffen, aber nach Absatz 2 können andere Verfügungen als Erbeinsetzungen, Vermächtnisse und Auflagen nicht vertragsmässig getroffen werden. Alle übrigen Verfügungen, z. B. alle familienrechtlichen Verfügungen, Ernennung eines Testamentsvollstreckers, können die Vertragschliessenden zwar auch treffen, aber nur als einseitige, nicht bindende Verfügungen (§ 2299 I). Es können alle Verfügungen getroffen werden, die durch Testament getroffen werden können. Für sie gilt dann aber auch das Gleiche, als wenn sie in einem Testament getroffen wären (§ 2299 II).

Nun behaupten manche, es könne auch Erbverträge geben, in welchen nur solche einseitige, nicht bindende Verfügungen getroffen wären. Dies ist besonders die Ansicht von Hellwig[1]), der ja allerdings als Vertreter der Testamentstheorie zu diesem eigenartigen Resultate kommen muss. Auch Endemann[2]) ist dieser Ansicht. Planck[3]) findet diese Ansicht »begriffswidrig« und zwar mit Recht. Es ist doch gerade

[1]) l. c. S. 603 ff.

[2]) l. c. § 57 S. 246 Note 20.

[3]) l. c. S. 553 Erl. 2 zu § 2299 und S. 492 Vorbem. 4.

ein wesentliches Merkmal des Erbvertrags gegenüber dem gemeinschaftlichen Testament, dass die in ihm enthaltenen Verfügungen vertragsmässig, also bindend, getroffen sind. Enthält nun ein Rechtsgeschäft von Todes wegen nur einseitige, nicht bindende Verfügungen, so ist es eben kein Erbvertrag, sondern, wenn die Beteiligten Ehegatten sind, so ist es ein gemeinschaftliches Testament, sind sie nicht Ehegatten, so sind es zwei voneinander unabhängige, lediglich zusammen geschriebene Testamente, in beiden Fällen natürlich nur, wenn auch sonst alle Erfordernisse eines Testaments erfüllt sind.

Bezüglich der Abhängigkeit der wechselseitigen Verfügungen im gemeinschaftlichen Testament und im Erbvertrage voneinander, also bezüglich der Korrespektivität, besteht im Resultat zwar eine Verschiedenheit, im grossen und ganzen weisen aber beide Institute in vielen Punkten eine grosse Aehnlichkeit auf. Eine Definition von Korrespektivität gibt uns § 2270 I. Danach liegt Korrespektivität vor, wenn beide Ehegatten in einem gemeinschaftlichen Testamente Verfügungen getroffen haben, von denen anzunehmen ist, dass die Verfügung des einen nicht ohne die Verfügung des andern getroffen sein würde. Der Absatz 2 des § 2270 sagt uns dann, in welchen Fällen Korrespektivität im Zweifel stets anzunehmen ist: Ein solches Verhältnis der Verfügungen ist im Zweifel anzunehmen, wenn sich die Ehegatten gegenseitig bedenken oder wenn dem einen von dem an-

deren eine Zuwendung gemacht und für den Fall des Ueberlebens des Bedachten eine Verfügung zu Gunsten einer Person getroffen wird, die mit dem anderen Ehegatten verwandt ist oder ihm sonst nahe steht. Absatz 3 beschränkt aber die Korrespektivität auf Erbeinsetzungen, Vermächtnisse und Auflagen; folglich können im gemeinschaftlichen Testament familienrechtliche Verfügungen nie korrespektiv sein.

Bei dem von uns speziell behandelten gemeinschaftlichen gegenseitigen Testament, in dem sich ja die Ehegatten gegenseitig zu Erben einsetzen, resp. bedenken, ist also stets Korrespektivität anzunehmen, wenn nicht die Ehegatten den Willen zu erkennen geben, dass ihre Verfügungen von einander unabhängig sein sollen. Wenn daher die eine Verfügung nichtig ist oder widerrufen wird, so hat sie die Unwirksamkeit der anderen Verfügung zur Folge (§ 2270 I, Satz 2).

Bei dem gegenseitigen Erbvertrag ist es zunächst ebenso, d. h. auch bei ihm ist stets Korrespektivität anzunehmen, wenn beide Vertragschliessenden einander bedenken und nicht ihren Willen zu erkennen gegeben haben, dass die Verfügungen nicht korrespektiv sein sollen. Die Wirkung der Korrespektivität aber ist beim gegenseitigen Erbvertrage eine weitergehende als beim gemeinschaftlichen gegenseitigen Testament. Denn beim Erbvertrage hat die Nichtigkeit einer Verfügung stets die Unwirksamkeit des ganzen Vertrages zur Folge (§ 2298 I), während beim gemeinschaftlichen gegenseitigen Testament, wie schon oben gesagt, eine

nichtige oder widerrufene Verfügung stets nur die Unwirksamkeit der korrespektiven Verfügung des anderen Teils mit sich führt. Es sei aber noch ausdrücklich hinzugefügt, dass alles dies nur Auslegungsregeln sind, dass also abweichende Bestimmungen der Beteiligten zulässig sind (vgl. § 2270 II, »ist im Zweifel anzunehmen«, und § 2298 III).

§ 6.

Die Wirkung beider Rechtsgeschäfte.

In der erbrechtlichen Wirkung stehen sich beide Institute gleich. Sowohl das gemeinschaftliche Testament als auch der Erbvertrag sind Berufungsgründe, die als gleichwertige nebeneinander stehen. Wir haben schon oben gesehen, dass dem Erbvertrag keinerlei dingliche oder obligatorische Wirkung beizumessen ist, seine Wirkung ist vielmehr eine rein erbrechtliche, daher begründet der Erbvertrag „kein gegenwärtiges Recht unter Lebenden auf das Zugedachte oder gar an dem Zugedachten, sondern lediglich eine rechtliche Aussicht von Todes wegen, eine rechtliche Anwartschaft für den Fall und für die Zeit des Ueberlebens, also erst eine künftige Berufung auf den Todesfall, einen künftigen erbrechtlichen Anfall, §§ 1942, 1948, 1951, 2176 ff., ebenbürtig dem Testamente“ [1]). Was die Wirkung des gemeinschaftlichen Testaments und des Erbvertrags auf frühere, bezw. spätere Verfügungen von Todes wegen anbetrifft, so ist diese bei beiden Instituten eine verschiedene.

---

[1]) Schiffner l. c S. 121 oben.

Ein gemeinschaftliches Testament, sei es korrespektiv oder nicht, hebt alle früheren letztwilligen Verfügungen auf, soweit es mit ihnen im Widerspruch steht (§ 2258). Bei dem Einfluss auf zukünftige letztwillige Verfügungen aber ist ein Unterschied zu machen zwischen korrespektiven gemeinschaftlichen Testamenten und solchen, die es nicht sein sollen.

Ist ein gemeinschaftliches Testament nicht korrespektiv, ist also der letzte Wille des einen Erblassers von dem des anderen unabhängig, so hat es keinerlei Wirkung auf zukünftige letztwillige Verfügungen. Sowohl ein späteres einseitiges Testament des einen Erblassers als auch ein neues gemeinschaftliches Testament sind nicht nur vollgültig, sondern sie heben sogar die im früheren gemeinschaftlichen Testament getroffenen Verfügungen des einen, resp. beider Erblasser auf, soweit sie mit ihnen im Widerspruch stehen. Beim gemeinschaftlichen korrespektiven Testament steht es entsprechend der grösseren Gebundenheit etwas anders. Zwar ist auch hier nach § 2258 anzunehmen, dass durch das korrespektive Testament frühere letztwillige Verfügungen der Erblasser nur insoweit aufgehoben werden, als sie mit ihm im Widersprush stehen. Wusste aber ein Ehegatte nicht, dass der andere ein Testament errichtet habe, welches ihn (den ersteren) in seinem Rechte beschränke, und erfährt er es erst nach dem Tode des anderen Ehegatten, so kann er, wenn er seine Verfügungen im gemeinschaftlichen Testament nur im

Hinblick auf die des anderen Ehegatten getroffen hatte, sie nach Massgabe des § 2078 wegen Irrtums im Motive anfechten[1]). Auf spätere einseitige letztwillige Verfügungen der Ehegatten hat das korrespektive Testament insofern einen bedeutenden Einfluss, als diese ihm gegenüber machtlos und wirkungslos sind. »Durch eine neue Verfügung von Todes wegen kann ein Ehegatte bei Lebzeiten des anderen seine Verfügung nicht einseitig aufheben« (§ 2271 I, Satz 2).

Eine solche neue Verfügung ist auch nicht mit Zustimmung des anderen Ehegatten möglich, wie Strohal[2]) meint. Denn wie Endemann[3]) mit Recht ausführt, ist als Gegensatz zu »nicht einseitig« im Satz 2 des § 2271 I nicht »mit Zustimmung des anderen Ehegatten«, sondern »zweiseitig« anzunehmen, d. h. durch späteres gemeinschaftliches Testament wird eben ein früheres insoweit aufgehoben, als es mit ihm im Widerspruch steht. Zu diesem Resultat gelangt man *per argumentum e contrario* nach § 2271 I, Satz 2[4]).

Beim Erbvertrage ist diese Wirkung eine weitergehende; denn während ein späteres Testament nur widersprechende Verfügungen eines früheren aufhebt,

---

[1]) Elsas l. c. S. 51.

[2]) l. c. S. 336.

[3]) l. c. § 45 S. 194 Note 18.

[4]) Ebenso Planck l. c. S. 504 Erl. II b zu § 2271 und Boehm, Erbrecht S. 214 A.

so wird durch den Erbvertrag „eine frühere letztwillige Verfügung des Erblassers aufgehoben, soweit sie das Recht des vertragsmässig Bedachten beeinträchtigen würde“ (§ 2289 I, Satz 1). Diese weitergehende Bestimmung erklärt sich aus der Vertragsnatur des Erbvertrags. Auch spätere Verfügungen von Todes wegen sind im gleichen Umfange unwirksam, d. h. soweit sie das Recht des vertragsmässig Bedachten auch nur beeinträchtigen, § 2289 I, Satz 2.

Wie steht es nun mit der Verfügungsfreiheit der Erblasser über ihr Vermögen durch Rechtsgeschäfte unter Lebenden nach Errichtung eines gemeinschaftlichen Testaments und nach Abschluss eines Erbvertrages?

Das gemeinschaftliche Testament beschränkt die Erblasser in ihrer Verfügungsgewalt gar nicht. Denn sie übernehmen ja in ihrem Testament gar nicht die Verpflichtung, ihrem Erben ihr gegenwärtiges Vermögen zu verschaffen, sie tun nur ihren Willen kund, dass ihr Erbe nach ihrem Tode das bekommen solle, was dann vorhanden sein wird. Da jeder der Ehegatten prinzipiell das Recht hat, seine letztwilligen Verfügungen zu widerrufen, damit also dem Bedachten das Zugewendete überhaupt zu entziehen, so muss ihm folgerecht auch das Recht zugestanden werden, das dem Bedachten Zugewendete schon durch Rechtsgeschäfte unter Lebenden zu schmälern[1]). Wenn sich

[1]) Elsas l. c. S. 52.

aber der eine Ehegatte in einem solchen Masse der Verschwendung ergibt, dass er »sich oder seine Familie der Gefahr des Notstandes aussetzt« (§ 6, Ziffer 2), so kann natürlich der andere Ehegatte seine Entmündigung beantragen. Der Grund zu diesem Entmündigungsantrage liegt aber nicht in der Schmälerung des dem anderen Ehegatten Zugewendeten, sondern in der Gefährdung der Vermögenslage des Erblassers selbst oder seiner Familie.

Beim Erbvertrage könnte man annehmen, dass der Erblasser wegen der vertragsmässigen Bindung in der Verfügung über sein Vermögen durch Rechtsgeschäft unter Lebenden gewissen Beschränkungen unterliege. Um hierüber alle Zweifel zu beseitigen, bestimmt das B.G.B. im § 2286: »Durch den Erbvertrag wird das Recht des Erblassers, über sein Vermögen durch Rechtsgeschäft unter Lebenden zu verfügen, nicht beschränkt«. Da aber infolge dieser Bestimmung das ganze Erbrecht des Vertragserben illusorisch gemacht werden könnte, besonders beim gegenseitigen Erbvertrage, indem hier der eine Teil, nachdem er vom anderen zum Vertragserben eingesetzt worden ist, sein Vermögen verschleudert, so hat das B.G.B. zum Schutze des Vertragserben, bezw. des Vertragsvermächtnisnehmers die §§ 2287 und 2288 eingeführt. § 2287 bestimmt: »Hat der Erblasser in der Absicht den Vertragserben zu beeinträchtigen, eine Schenkung gemacht, so kann der Vertragserbe, nachdem ihm die Erbschaft angefallen ist, von dem Be-

schenkten die Herausgabe des Geschenks nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung fordern. Der Anspruch verjährt in drei Jahren von dem Anfalle der Erbschaft an«. Wir sehen, dass der Vertragserbe nicht schlechthin diesen Herausgabeanspruch hat, sondern dass derselbe von mehreren Voraussetzungen abhängig gemacht worden ist. In subjektiver Beziehung muss bei dem Vertragserblasser die Absicht vorliegen, den Vertragserben zu beeinträchtigen.[1])

Von dieser Beeinträchtigungsabsicht kann natürlich nicht die Rede sein »bei Schenkungen, durch die einer sittlichen Pflicht oder einer auf den Anstand zu nehmenden Rücksicht entsprochen wird«.[2]) Aus denselben Gründen gehören nicht hierher Schenkungen zu idealen Zwecken oder aus sonstigen persönlichen Rücksichten, wie z. B. eine Ausstattung, sogar wenn sie nach § 1624 wegen Uebermasses als Schenkung gilt.[3]) Auf Seiten des Vertragserblassers genügt nicht das blosse Bewusstsein, dass er durch die Schenkung den Vertragserben benachteilige, er muss beim Vollziehen der Schenkung die Absicht gehabt haben, den Vertragserben zu beeinträchtigen, diese Absicht muss geradezu das Motiv sein, welches ihn zur Vornahme

---

[1]) Vgl. für dies und das Folgende: Planck l. c. S. 534, 535, Erl. zu § 2287; Schiffner l. c. S. 126ff.; Boehm l. c. S. 228ff.; Fischer-Henle Anm. zu § 2287.

[2]) Planck l. c. S. 534 Erl. 2a zu § 2287.

[3]) Planck l. c.

der Schenkung verleitet hat. Dies wird ihm im Einzelfalle sehr schwer nachzuweisen sein; steht aber die Schädigungsabsicht fest, so ist es gleichgültig, ob der Beschenkte sie kannte oder nicht.

»In objektiver Hinsicht ist erforderlich, dass eine Schenkung vorliegt«.[1]) Es fallen also nicht unter diese Bestimmungen die entgeltlichen Veräusserungen, was ja auch ganz richrig ist, da der für die Veräusserungen erhaltene Entgelt als Ersatz zum Vermögen kommt. Liegt aber in einer Veräusserung eine verschleierte Schenkung, so fällt sie natürlich unter § 2287. Eventuell kann aber auch in einer Veräusserung, die nicht eine verschleierte Schenkung ist, eine Schädigung des Vertragserben contra *bonos mores* liegen. Gegen ein solches Vorgehen des Erblassers kann sich der Vertragserbe nach Massgabe des § 826 schützen.

Planck[2]) ist der Ansicht, dass kein Gewicht darauf gelegt werden kann, ob die Schenkung aus dem Stamme des Vermögens oder aus den Einkünften erfolgt ist. Dies scheint uns nicht richtig zu sein. Im Gegenteil ist es unseres Erachtens ein ziemlicher Unterschied, ob die Schenkung aus dem Stamme des Vermögens oder aus den Einkünften erfolgt. Denn wegen der erforderlichen Beeinträchtigungsabsicht können nur Schenkungen aus dem Stamm des Vermögens anfechtbar sein. Schenkungen aus den Ein-

---

[1]) Planck l. c. Erl. 2b zu § 2287.

[2]) l. c.

künften können den Vertragserben nicht benachteiligen, da sie der Erblasser ja auch für seine Person beliebig ausgeben könnte.[1])

Liegen also alle besprochenen Erfordernisse vor, dann hat der Vertragserbe den Herausgabeanspruch, und zwar nach Massgabe der Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung (§§ 818 ff.).

Der Herausgabeanspruch verjährt in 3 Jahren von dem Anfalle der Erbschaft an.

Auch § 2288 interessiert uns an dieser Stelle, da ja auch in einem Erbvertrage, durch den sich die Vertragschliessenden gegenseitig zu Erben einsetzen, von ihnen Vermächtnisse angeordnet sein können.

Im Absatz 1 des § 2288 handelt es sich um die tatsächliche, im Absatz 2 um die rechtliche Verfügung des Erblassers über den vermachten Gegenstand.[2]) Absatz 1 betrifft den Fall, dass der Erblasser den vermachten Gegenstand (es muss also stets ein individuell bezeichneter Gegenstand sein) zerstört, beiseite schafft oder beschädigt, und zwar in der Absicht, den Vertragsvermächtnisnehmer zu beeinträchtigen. Dann hat der Vertragserbe, wenn er durch die schädigende Handlung des Erblassers ausserstande gesetzt worden ist, die Leistung des Gegenstandes zu bewirken, statt seiner den Wert zu entrichten.

---

[1]) So auch Schiffner l. c. S. 127 ff.

[2]) Schiffner l. c. S. 132.

Im Falle von Absatz 2, d. h. wenn der Erblasser den Vermächtnisnehmer durch rechtliche Verfügung beeinträchtigt hat, den Gegenstand also veräussert oder belastet hat, so muss der Erbe dem Bedachten bei Veräusserung den Gegenstand beschaffen, im Falle der Belastung muss er diese beseitigen. Eine Erleichterung für den Erben besteht darin, dass er, wenn ihm beides absolut unmöglich ist, sich dadurch befreit, dass er den Wert entrichtet. Ist die Verschaffung des Gegenstandes zwar möglich, aber mit unverhältnismässig hohen Kosten verknüpft, so hat der Erbe die *facultas alternativa*, entweder die Leistung doch zu bewirken oder den Wert des Gegenstandes zu entrichten[1]).

Wir sehen also, dass der Erbvertrag, trotzdem er prinzipiell (§ 2286) die Verfügungsfreiheit des Erblassers über sein Vermögen durch Rechtsgeschäft unter Lebenden unbeschränkt zulässt, dennoch infolge der §§ 2287—2288 mit rückwirkender Kraft schon bei Lebzeiten des Erblassers eine Art Gebundenheit erzeugt und die völlige Verfügungsfreiheit des Erblassers über sein Vermögen doch etwas beschränkt und schwächt, mithin eine Wirkung hat, die dem gemeinschaftlichen Testamente nie und nimmer beigemessen werden kann[2]).

---

[1]) Schiffner l. c. S. 132ff.; Planck l. c. Erl. zu § 2288 S. 536ff.; Elsas l. c. S. 52ff.

[2]) Elsas l. c. S. 54.

§ 7.

Nichtigkeit und Anfechtbarkeit des gemeinschaftlichen Testaments und des gegenseitigen Erbvertrages.

Vor allem kommen beim gemeinschaftlichen Testament und beim Erbvertrage dieselben Nichtigkeitsgründe in Betracht, welche überhaupt Rechtsgeschäfte hinfällig machen. Hierbei ist am wichtigsten die Nichtigkeit infolge erheblicher Willensmängel. In Bezug hierauf berühren sich Testament und Erbvertrag in vielen Punkten. Die Verschiedenheiten, die hierbei zwischen beiden Instituten bestehen, rühren nur daher, dass das gemeinschaftliche Testament aus 2 einseitigen, nicht empfangsbedürftigen letztwilligen Verfügungen zusammengesetzt ist, während die im Erbvertrage enthaltenen Verfügungen von Todes wegen wegen der Vertragsnatur desselben empfangsbedürftig sind (§ 130).

Wir sehen nun, dass infolge dieses Unterschiedes in der Natur beider Institute der Fall des geheimen Vorbehalts (§ 116) bei beiden verschiedene Resultate erzeugt. § 116 Satz 1 sagt: »Eine Erklärung ist nicht deshalb nichtig, weil sich der Erklärende insgeheim vorbehält, das Erklärte nicht zu wollen«. Wir sehen

also, dass die Mentalreservation beim gemeinschaftlichen Testament auf die Gültigkeit der Willenserklärung keinen Einfluss hat. Es kommt auf das äussere Verhalten des Erblassers an, nicht auf den inneren Willen[1]). Folglich behält das gemeinschaftliche Testament trotz der Mentalreservation volle Wirksamkeit.

Anders ist es beim gegenseitigen Erbvertrag. Derselbe ist nichtig, wenn der eine Teil die Mentalreservation des anderen kennt. Dies folgt aus § 116 Satz 2: »Die Erklärung ist nichtig, wenn sie einem anderen gegenüber abzugeben ist und dieser den Vorbehalt kennt«. Woher der Betreffende von dem Vorbehalte des anderen Teils weiss, ist hierbei gleichgültig. Kennt aber der eine Teil den Vorbehalt des anderen nicht, so behält natürlich der Erbvertrag seine Gültigkeit.

Aus demselben Grunde findet § 117 beim Erbvertrage Anwendung, beim gemeinschaftlichen Testament nicht. Gibt also bei letzterem der eine Testierende seine Erklärung nur zum Schein ab, so ist das Testament trotzdem gültig.

Wenn dagegen beim gegenseitigen Erbvertrage der eine Teil mit dem Einverständnis des anderen seine Erklärung nur zum Schein abgibt, so ist der Erbvertrag nichtig auf Grund von § 117 I: »Wird eine Willenserklärung, die einem anderen gegenüber abzu-

---

[1]) Fischer-Henle, Note 2 zu § 116.

geben ist, mit dessen Einverständnisse nur zum Schein abgegeben, so ist sie nichtig«. Dass solche simulierte Erbverträge abgeschlossen werden, z. B. um die Gläubiger des einen Beteiligten zu täuschen, ist sehr wohl denkbar.

Dagegen findet § 118 sowohl auf gemeinschaftliche Testamente als auch auf den gegenseitigen Erbvertrag Anwendung. Danach ist »eine nicht ernstlich gemeinte Willenserklärung, die in der Erwartung abgegeben wird, der Mangel der Ernstlichkeit werde nicht verkannt werden, nichtig«. Hierbei ist auf der Seite des anderen Testierenden und ebenso des anderen Vertragschliessenden weder Kenntnis des mangelnden Ernstes noch Einverständnis damit erforderlich, sondern es genügt die auch auf grober Fahrlässigkeit beruhende Erwartung des Erklärenden, der Mangel an Ernst werde nicht verkannt werden.[1]) Beim Erbvertrage ist aber stets zu untersuchen, ob sich die Willensmängel beziehen auf die Verfügung von Todes wegen selbst oder nur auf die Vertragsmässigkeit derselben, d. h. auf die Bindung des Erblassers.[2])

Beide Rechtsgeschäfte, sowohl das gemeinschaftliche Testament als auch der Erbvertrag, sind ferner nichtig, wenn die vom Gesetz aufgestellten Formerfordernisse nicht beobachtet worden sind, ausserdem,

---

[1]) Fischer-Henle, Note 3 zu § 118.

[2]) Planck l. c. Erl. 2b zu § 2279.

wenn ihr Inhalt gegen zwingende Normen verstösst und schliesslich, wenn den Testierenden bzw. den Vertragschliessenden die volle Testier- resp. Vertragsfähigkeit fehlt.[1]) Dass beim gegenseitigen Erbvertrage beide Vertragschliessende als Erblasser unbeschränkt geschäftsfähig sein müssen, ist selbstverständlich.

Das gemeinschaftliche Testament hat ausserdem noch einen Nichtigkeitsgrund, der bei dem Erbvertrage fehlt. Ist nämlich das gemeinschaftliche Testament als Dorf-, Sperr- oder Seetestament (§§ 2249, 2250, 2251) errichtet, so ist es nichtig, wenn seit dem Zeitpunkte der Errichtung 3 Monate verflossen sind und der Erblasser noch lebt (§ 2252 I). »Beginn und Lauf der Frist sind gehemmt, solange der Erblasser ausserstande ist, ein Testament vor einem Richter oder vor einem Notar zu errichten« (§ 2252 II). Dieser Nichtigkeitsgrund fehlt natürlich beim Erbvertrage, da dieser überhaupt in ausserordentlicher Form nicht errichtet werden kann.

Für unsere beiden Institute gibt es noch einen besonderen Nichtigkeitsgrund, der entweder von vornherein gegeben sein kann oder erst später nach gültiger Errichtung des gemeinschaftlichen Testaments, bezw. nach gültigem Abschluss des Erbvertrags eintreten kann, nämlich die Auflösung des persönlichen Verhältnisses der beteiligten Subjekte[2]) — beim Erb-

---

[1]) Endemann l. c. § 47 S. 200ff. und § 61 S. 261ff.

[2]) Elsas l. c. S. 55.

vertrage natürlich nur, wenn er unter Ehegatten oder unter Verlobten abgeschlossen war. Beide Rechtsgeschäfte stehen in engem Konnex mit dem Bestande einer rechtsgültigen Ehe. Während aber dies beim gemeinschaftlichen Testament (§ 2268 i. V. mit § 2077) stets der Fall ist, weil ja das Bestehen einer gültigen Ehe die ganze rechtliche Grundlage für das gemeinschaftliche Testament ist (§ 2265), so ist es beim gegenseitigen Erbvertrag zwar nicht die allgemeine Regel, gilt aber stets, wenn der gegenseitige Erbvertrag unter Ehegatten oder Verlobten abgeschlossen worden ist (§ 2279 II i. V. mit § 2077). Nach § 2268 I ist ein gemeinschaftliches Testament in den Fällen des § 2077 seinem ganzen Umfange nach nichtig. Da das gemeinschaftliche Testament nur unter Ehegatten zulässig ist, so kommen für dasselbe nur die Absätze 1 und 3 des § 2077 in Betracht. Danach ist ein gemeinschaftliches Testament in 3 Fällen nichtig.

1. Der erste Nichtigkeitsgrund ist eine nichtige Ehe (§ 2077 I).

In den Fällen der §§ 1324, 1325 und 1328 gilt das gemeinschaftliche Testament aber doch, »wenn die ursprünglich nichtige Ehe durch längere Fortsetzung des ehelichen Verhältnisses, durch Bestätigung oder durch nachträgliche Befreiung von dem Hindernisse des Ehebruchs gemäss § 1324 Abs. 2, § 1325 Abs. 2, § 1328 Abs. 2 gültig geworden ist«.[1]) Dieses

[1]) Planck l. c. Erl. 2a, α zu § 2077 S. 242.

Ergebnis muss ja auch eintreten, da eine gültig gewordene Ehe als von Anfang an gültig anzusehen ist.

2. Der zweite Fall ist der der Auflösung der Ehe vor dem Tode der Ehegatten. Für diesen Fall kommen in Betracht »Scheidung der Ehe (§ 1564), Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft (§ 1586) und Wiederverheiratung im Falle der Todeserklärung (§ 1348)«.[1])

3. Der dritte Fall ist der, »dass der eine Erblasser zur Zeit seines Todes auf Scheidung wegen Verschuldens des Ehegatten zu klagen berechtigt war und die Klage auf Scheidung oder auf Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft erhoben hatte« (§ 2077 I Satz 2). (Zu vgl. §§ 1565—1568, 1575.)

Im Falle 2 und 3 ist aber nach § 2268 II das Testament nicht in seinem ganzen Umfange unwirksam, sondern es »bleiben die Verfügungen insoweit wirksam, als anzunehmen ist, dass sie auch für diesen Fall getroffen sein würden«. Diese Einschränkung begründet sich auf die Erwägung, »dass auch in einem gemeinschaftlichen Testamente Verfügungen enthalten sein können, die ausser jedem Zusammenhange mit der Ehe der Erblasser stehen und daher nach dem Willen der Erblasser auch dann bestehen sollen, wenn die Ehe vor ihrem Tode aufgelöst wird.«[2])

Auf den Erbvertrag unter Ehegatten oder unter Verlobten findet nach § 2279 II § 2077 auch Anwen-

[1]) Planck l. c. Erl. 2a, α zu § 2077 S. 242.

[2]) Planck l. c. Erl. 2 zu § 2268 S. 496.

dung, und zwar in seinem ganzen Umfange. Danach ist ein Erbvertrag unter Ehegatten unter denselben Voraussetzungen nichtig, wie ein gemeinschaftliches Testament. Da ein Erbvertrag auch unter Verlobten möglich ist, so findet auch § 2077 II Anwendung. Danach ist ein Erbvertrag unter Verlobten nichtig, wenn die Verlobung vor dem Tode des einen Vertragschliessenden aufgelöst wird. »Die Verfügung ist nicht unwirksam, wenn anzunehmen ist, dass der Erblasser sie auch für einen solchen Fall getroffen haben würde« (§ 2077 III). Dass dieser letzte Absatz auf das gemeinschaftliche Testament keine Anwendung findet, ist selbstverständlich, da ja die Ehe der Testierenden überhaupt die Grundlage für die Zulässigkeit des gemeinschaftlichen Testaments bildet.

An dieser Stelle wollen wir auch die Anfechtbarkeit der Verfügungen von Todes wegen besprechen, da ja ein anfechtbares Rechtsgeschäft, wenn es angefochten wird, als von Anfang an nichtig anzusehen ist (§ 142 I). Was vor allem das gemeinschaftliche Testament anbetrifft, so bedürfen dabei die Erblasser keines besonderen Anfechtungsrechts; denn solange (bei einem nicht korrespektiven Testamente) die Willenserklärungen beider Ehegatten nicht von einander abhängig sein sollen, so braucht man den Ehegatten nicht noch besonders ein Anfechtungsrecht zu geben, da ja jeder von ihnen jeden Augenblick seine letztwilligen Verfügungen aufheben kann. Sogar beim korrespektiven Testament, bei dem doch eine gewisse

Gebundenheit existiert, besteht prinzipielle Freiheit des Widerrufs, sodass auch hier ein besonderes Anfechtungsrecht als überflüssig zu bezeichnen ist.

Wenn aber der eine Ehegatte gestorben ist und der andere das ihm Zugewendete angenommen hat, so tritt für ihn Unwiderruflichkeit seiner Verfügungen ein (§ 2271 II), sodass nun die Wirkung des gemeinschaftlichen Testaments faktisch der des Erbvertrags völlig gleichsteht. Wenn auch sogar beim Erbvertrage, wo doch die Bindung eine weitaus strengere ist, im § 2281 I die Vorschriften für die Anfechtbarkeit letztwilliger Verfügungen (§§ 2078, 2079) für entsprechend anwendbar erklärt worden sind, so ist nicht einzusehen, weshalb sie nicht auch beim korrespektiven Testament zur Anwendung kommen sollten, wenn dies auch nicht ausdrücklich im Gesetze bestimmt ist. Nach dem Wortlaute des Gesetzes steht zwar dies Anfechtungsrecht, da es sich um ein Testament handelt, nur den in § 2080 bezeichneten Personen zu. Unseres Erachtens muss dies Anfechtungsrecht aus Billigkeitsrücksichten aber auch dem überlebenden Ehegatten zugestanden werden. Denn da der überlebende Ehegatte nunmehr völlig einem durch Erbvertrag Gebundenen gleichsteht, so finden wir, dass sich die entsprechende Anwendung der für den Erbvertrag geltenden Vorschriften rechtfertigt. Derselben Ansicht ist auch Strohal;[1]) Endemann[2]) sagt zu

[1]) l. c. § 43a S. 337ff.

[2]) l. c. § 45 S. 196 Note 25.

dieser Frage sehr zutreffend: »Das B.G.B. handelt hierüber nicht. Es ist aber nicht anzunehmen, dass die Bindung aus dem gegenseitigen Testament stärker sein soll, als beim Erbvertrage. Da dieser als Vorbild gilt und bei ihm nach § 2281 die Anfechtung aus §§ 2078, 2079 zugestanden wird, ist im Sinne des B.G.B. dasselbe auch hier zuzulassen«. Auch Planck[1]) kommt zu diesem Resultate, er drückt sich aber sehr vorsichtig aus und erklärt die ganze Frage für »sehr zweifelhaft«. Die Fälle, in denen also das Anfechtungsrecht zu gewähren ist, ergeben sich aus den §§ 2078, 2079. § 2078 bestimmt: »Eine letztwillige Verfügung kann angefochten werden, soweit der Erblasser über den Inhalt seiner Erklärung im Irrtum war, oder eine Erklärung dieses Inhalts überhaupt nicht abgeben wollte und anzunehmen ist, dass er die Erklärung bei Kenntnis der Sachlage nicht abgegeben haben würde.

Das Gleiche gilt, soweit der Erblasser zu der Verfügung durch die irrige Annahme oder Erwartung des Eintritts oder Nichteintritts eines Umstandes, oder widerrechtlich durch Drohung bestimmt worden ist.« Sowohl der überlebende Testaments-, als auch ein Vertragserblasser soll also seine Erklärungen anfechten können bei Irrtum im Willen, Irrtum in der Willenserklärung, Irrtum im Beweggrunde und bei widerrechtlicher Drohung, wenn dabei »anzunehmen ist,

---

[1]) l. c. Erl. IV, 3d zu § 2271 S. 507.

dass er die Erklärung bei Kenntnis der Sachlage nicht abgegeben haben würde« (§ 2078 a. E.). Wir sehen also, dass hier beim Irrtum nur das subjektive Moment (die Kenntnis der Sachlage) in Betracht kommt, das objektive Moment (die verständige Würdigung des Falles), das vom § 119 gefordert wird, kommt hier in Wegfall.[1]) Aus § 2079 kann ein gegenseitiges gemeinschaftliches Testament und ein gegenseitiger Erbvertrag angefochten werden wegen Uebergehung eines Pflichtteilsberechtigten. Dieser Pflichtteilsberechtigte braucht bei der Errichtung des Testaments, bezw. bei Abschluss des Erbvertrags gar nicht zu existieren. Er muss nur im Zeitpunkt der Anfechtungserklärung existieren und pflichtteilsberechtigt sein. Ob er später wieder wegfällt, ist gleichgültig. Ferner ist es auch gleichgültig, ob »der spätere Eintritt in die Rechtsstellung eines Pflichtteilsberechtigten auf einem Willensakte des Erblassers beruht (Legitimation §§ 1719, 1736; Annahme an Kindes Statt § 1757) oder auf anderen Tatsachen (Wegfall eines Abkömmlings)«.[2])

»Die Anfechtung ist aber ausgeschlossen, soweit anzunehmen ist, dass der Erblasser auch bei Kenntnis der Sachlage die Verfügung getroffen haben würde« (§ 2079 Satz 2).

Bei der Anfechtung des Erbvertrages sind aber zwei Möglichkeiten zu unterscheiden: entweder sie

---

[1]) Fischer-Henle, Erl. 3 zu § 2078.

[2]) Planck l. c. S. 248 Erl. 2 zu § 2279.

geschieht vor dem Tode des anderen Teils oder nach demselben.

Bei Lebzeiten des anderen Teils geschieht die Anfechtungserklärnng gemäss § 143 I und II gegenüber dem anderen Vertragschliessenden.[1])

Ist dagegen der andere Teil schon gestorben, so ist die Anfechtung nach § 2281 II dem Nachlassgerichte gegenüber zu erklären, und zwar dem Nachlassgerichte des verstorbenen Teils. Dass nach dem Tode des anderen Vertragschliessenden nur noch Verfügungen zu Gunsten Dritter angefochten werden können, ist selbstverständlich, da ja die Verfügungen des andern Teils zu Gunsten des Ueberlebenden mit dem Tode des Vorversterbenden sich erledigt haben.[2]) Das Nachlassgericht hat dann die Anfechtungserklärung dem bedachten Dritten mitzuteilen. Auch beim gemeinschaftlichen Testament muss die Anfechtungserklärung dem Nachlassgerichte gegenüber erklärt werden, wenn in dem angefochtenen Testament »ein Erbe eingesetzt, ein gesetzlicher Erbe von der Erbfolge ausgeschlossen, ein Testamentsvollstrecker ernannt oder eine Verfügung solcher Art« aufgehoben wird (§ 2081 I). Das Nachlassgericht hat dies demjenigen mitzuteilen, »dem die angefochtene Verfügung unmittelbar zustatten kommt« (§ 2081 II).

Sowohl beim Testament als auch beim Erbvertrag

---

[1]) So Planck l. c. S. 528 Erl. 3a zu § 2281.

[2]) Planck l. c. Erl. 3b zu § 2281 S. 528ff.

ist die Anfechtung durch einen Vertreter schlechthin ausgeschlossen (§ 2282 I Satz 1). Sogar wenn der eine Vertragschliessende nach Abschluss des Erbvertrags in der Geschäftsfähigkeit beschränkt worden sein sollte, »bedarf er zur Anfechtung nicht der Zustimmung seines gesetzlichen Vertreters« (§ 2282 I Satz 2). Dies Resultat, welches auf den ersten Blick befremdend erscheint, erklärt sich daraus, dass der Betreffende ja durch die Anfechtung seine Vermögenslage nur verbessern kann, indem er sich dadurch von der vertragsmässigen Bindung gegenüber dem anderen Vertragschliessenden befreit. Stirbt er dann noch, während er in der Geschäftsfähigkeit beschränkt ist, so werden seine gesetzlichen Erben zur Erbfolge berufen. Wird der Erblasser geschäftsunfähig, so kann auch »sein gesetzlicher Vertreter mit Genehmigung des Vormundschaftsgerichts den Erbvertrag anfechten« (§ 2282 II).

Sowohl beim Testament als beim Erbvertrage sind ferner nach dem Tode der Ehegatten, resp. der Vertragschliessenden anfechtungsberechtigt diejenigen, welchen die Aufhebung der angefochtenen Verfügung unmittelbar zustatten käme (§§ 2080, 2285). Diese können aber den Erbvertrag nicht mehr anfechten, »wenn das Anfechtungsrecht des Erblassers zur Zeit des Erbfalls erloschen ist« (§ 2080). Die Anfechtungsfrist beträgt bei beiden Instituten ein Jahr (§§ 2082, 2283). Dabei beginnt die Frist im Falle der Drohung mit dem Wegfalle der Zwangslage, im Falle des Irr-

tums mit dem Zeitpunkte, in dem »der Erblasser von dem Anfechtungsgrunde Kenntnis erlangt« (§ 2283 II).

»Die Bestätigung eines anfechtbaren Erbvertrages kann nur durch den Erblasser persönlich erfolgen. Ist der Erblasser in der Geschäftsfähigkeit beschränkt, so ist die Bestätigung ausgeschlossen« (§ 2284). Und zwar kann diese Bestätigung nach § 144 II formlos erfolgen, sie bedarf nicht der Form, die für den Abschluss des Erbvertrages gilt.[1]) Dies wird zwar von Hellwig[2]) bestritten, welcher behauptet, die Bestätigung eines anfechtbaren Erbvertrages stände in ihrer Wirkung dem Abschlusse eines neuen Erbvertrages gleich, daher müsste für die Bestätigung dieselbe Form gefordert werden wie für den Abschluss des Erbvertrags. Wir finden aber mit Planck[3]), »dass § 2279 nur eine entsprechende Anwendung der Vorschriften über letztwillige Verfügungen vorschreibt. Soweit bei dem Erbvertrage Rechtsverhältnisse bestehen, die bei der letztwilligen Verfügung nicht vorhanden sind, können diese in Ermangelung besonderer Bestimmungen nur nach den allgemeinen Vorschriften und nicht nach den Grundsätzen der letztwilligen Verfügungen beurteilt werden«. Da von einer Bestätigung beim Testament nicht die Rede sein kann (abgesehen vom oben besprochenen Falle, bei dem aber faktisch kein Unterschied von dem Erbvertrage besteht), so haben

[1]) Planck l. c. Erl. 1 zu § 2284 S. 531.

[2]) l. c. S. 661 ff.

[3]) l. c. Erl. 1 zu § 2284 S. 531.

wir es mit einem Verhältnis zu tun, welches bei letztwilligen Verfügungen nicht vorkommt. Daher ist die Bestätigung des Erbvertrags nach den allgemeinen Vorschriften für die Bestätigung anfechtbarer Verträge zu beurteilen, d. h. sie kann nach § 144 II formlos erfolgen. Dies ist auch die Ansicht von Schiffner[1]), Endemann[2]), Strohal[3]), auch von Dernburg[4]), trotzdem er es für auffällig erklärt, da ja eigentlich die Bestätigung seiner Meinung nach nichts anderes ist als der Abschluss eines neuen Erbvertrages.

Wir sehen also, dass zwar die Zulässigkeit der Anfechtung bei beiden Instituten ihrem Umfange nach verschieden ist, dass aber die Voraussetzungen der Anfechtung und die Art und Weise ihrer Geltendmachung keine erheblichen Unterschiede aufweisen.[5])

---

[1]) l. c. S. 155 Note 39.

[2]) l. c. § 61 Note 18 S. 264.

[3]) l. c. § 45 S. 364 Note 16.

[4]) l. c. § 101, III b S. 283.

[5]) So auch Elsas l. c. S. 68.

§ 8.

Widerruf des gemeinschaftlichen Testaments, bezw. Rücktritt vom gegenseitigen Erbvertrage. Aufhebung beider Rechtsgeschäfte.

Im vorhergehenden Paragraphen haben wir nun gesehen, dass schon die *ipso iure* eintretenden Unwirksamkeitsgründe beider Institute voneinander abweichen; noch mehr ist dies der Fall bei den rechtsgeschäftlichen Aufhebungsgründen, weil bei diesen der abweichende Charakter beider Rechtsgeschäfte noch deutlicher zutage tritt.[1])

Wenn wir hier von der Natur beider Rechtsgeschäfte ausgehen, so sehen wir, dass das gemeinschaftliche Testament aus 2 formell zu einem Ganzen verbundenen Einzeltestamenten besteht. Das Testament aber ist eine einseitige letztwillige Willenserklärung, die grundsätzlich frei widerruflich ist. Ein Verzicht auf den freien Widerruf des Testaments oder eine Bindung an dasselbe ist nach § 2302 schlechthin ausgeschlossen.[2]) Wir sehen also, dass das gemeinschaft-

[1]) Vgl. Elsas l. c. S. 58.

[2]) So Endemann l. c. § 50 S. 212 Note 1.

liche Testament grundsätzlich frei widerruflich ist. Es ist aber ein Unterschied zu machen zwischen gemeinschaftlichen korrespektiven und nicht korrespektiven Testamenten. Das gemeinschaftliche nicht korrespektive Testament ist nach denselben Grundsätzen widerruflich wie die Einzeltestamente. Es ist infolgedessen nach § 2253 I ein Testament jederzeit ohne jede Beschränkung frei widerruflich. Die Bestimmung des § 2253 II ist aber eine ziemlich zweischneidige. Danach steht „die Entmündigung des Erblassers wegen Geistesschwäche, Verschwendung oder Trunksucht dem Widerruf eines vor der Entmündigung errichteten Testamentes nicht entgegen". Diese Bestimmung hat ihre gute Seite darin, dass dem Entmündigten, wenn er sich bessert und einsieht, dass er ein törichtes Testament errichtet hat, die Möglichkeit nicht abgeschnitten werden soll, durch den Widerruf die gesetzliche Erbfolge wiederherzustellen.[1]) Andererseits liegt es aber doch sehr nahe, dass ein Entmündigter „das Widerrufsrecht missbraucht, um sich an denen zu rächen, die den Antrag auf Entmündigung gestellt haben".[2]) Noch viel bedenklicher ist, dass der Entmündigte durch einen solchen Widerruf ein früheres Testament wieder aufleben lassen kann (§ 2258 II). Auch Planck[3]) findet diese Vorschrift höchst bedenk-

---

[1]) Vgl. Endemann l. c. § 50 S. 212 Note 2.

[2]) Endemann l. c.

[3]) l. c. Erl. 4 zu § 2253 S. 475.

lich, sagt aber, dass der Satz selbst nicht zu bezweifeln ist.

Der Widerruf eines solchen gemeinschaftlichen Testaments kann entweder durch ein neues Testament erfolgen (§ 2254) oder durch eine am Testament vorgenommene Veränderung oder Vernichtung, »durch die der Wille, eine schriftliche Willenserklärung aufzuheben, ausgedrückt zu werden pflegt« (§ 2255 I).

Das Gesetz stellt in § 2255 II ausdrücklich die Vermutung auf, dass der Erblasser, wenn er die Testamentsurkunde vernichtet oder sonst verändert hat, die Aufhebung des Testaments beabsichtigte. § 2256, welcher von der Rücknahme eines Testaments aus der amtlichen Verwahrung handelt, ist beim gemeinschaftlichen Testament nicht schlechthin anwendbar, sondern nur in Verbindung mit § 2272, d. h. ein gemeinschaftliches Testament kann nur von beiden Ehegatten zurückgenommen werden. Beide Ehegatten müssen also gleichzeitig und persönlich zu dem Zwecke der Zurücknahme erscheinen; dabei ist es gleichgültig, ob die Rücknahme die Bedeutung eines Widerrufs haben soll oder nicht. Niemals kann die Rückgabe die Wirkung des Widerrufs haben, wenn sie aus Versehen nur einem Ehegatten gegenüber erfolgt ist.[1])

Der § 2272 gilt nicht nur bei Lebzeiten beider Ehegatten, sondern auch nach dem Tode des einen

---

[1]) Boehm l. c. § 67 I C S. 214.

von beiden, so dass also der Ueberlebende niemals das gemeinschaftliche Testament ausgehändigt bekommen kann.[1])

Ganz anders ist der Widerruf beim gemeinschaftlichen korrespektiven Testament zu behandeln. Da ein solches gemeinschaftliches Testament eine gewisse Bindung der Testierenden hervorruft, so ähnelt es sehr dem gegenseitigen Erbvertrage unter Ehegatten, wenn sich dieselben den Rücktritt vorbehalten haben, was nach § 2293 zulässig ist. Das B.G.B. bringt beide Institute insofern einander näher, als es in § 2271 bestimmt, dass die für den Erbvertrag geltenden Vorschriften der §§ 2289 Abs. 2, 2294 und 2296 auch bei korrespektiven gemeinschaftlichen Testamenten in Anwendung zu bringen seien. Auch hier ist wieder zu unterscheiden zwischen dem Widerruf bei Lebzeiten und nach dem Tode des anderen Ehegatten. Nach § 2271 I erfolgt der Widerruf eines gemeinschaftlichen korrespektiven Testaments bei Lebzeiten des anderen Ehegatten nach den für den Rücktritt von einem Erbvertrage geltenden Vorschriften des § 2296. Danach erfolgt der Widerruf durch Erklärung gegenüber dem anderen Ehegatten. »Die Erklärung bedarf der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung« (§ 2296 II Satz 2). Das Widerrufsrecht der Ehegatten ist ein höchst persönliches, sie können es nicht durch einen Vertreter ausüben lassen. Ist der Ehegatte, der

---

[1]) Vgl. Planck l. c. Erl. zu § 2272 S. 510.

das korrespektive Testament widerrufen will, in der Geschäftsfähigkeit beschränkt geworden, so bedarf er zur Ausübung des Widerrufs nicht der Zustimmung seines gesetzlichen Vertreters (§ 2296 I). Wir haben schon weiter oben diese auf den ersten Blick seltsam erscheinende Bestimmung besprochen, so dass wir hier nicht näher auf sie eingehen werden.

Erfolgt nun der Widerruf der Verfügungen des einen Ehegatten nach dieser Form, so hat dies nach § 2270 I *ipso iure* die Unwirksamkeit der korrespektiven Verfügungen des anderen Ehegatten zur Folge. Mit dem Tode des einen Ehegatten erlischt gründsätzlich nach § 2271 II das Widerrufsrecht des Ueberlebenden. Jedoch kann der Ueberlebende »seine Verfügung aufheben, wenn er das ihm Zugewendete ausschlägt« (§ 2271 II Satz 1).

Aber sogar wenn der Ueberlebende das ihm Zugewendete bereits angenommen hat, hat er noch in zwei Fällen die Möglichkeit, seine Verfügungen aufzuheben, resp. zu ändern. Dies sind die Fälle des § 2294 in Verbindung mit § 2336 und des § 2289 II. Da ja nach dem Tode des Vorversterbenden beim gemeinschaftlichen gegenseitigen Testamente die sich auf den Ueberlebenden beziehenden Verfügungen des Vorverstorbenen erledigt sind, so bezieht sich das im folgenden Gesagte natürlich nur auf den Fall, dass jeder Ehegatte ausser dem anderen auch noch einen Dritten bedacht hat. Danach kann der Ueberlebende eine Verfügung nach Massgabe des § 2294 wider-

rufen, »wenn sich der Bedachte einer Verfehlung schuldig macht, die den Erblasser zur Entziehung des Pflichtteils berechtigt, oder, falls der Bedachte nicht zu den Pflichtteilsberechtigten gehört, zu der Entziehung berechtigen würde, wenn der Bedachte ein Abkömmling des Erblassers wäre«. Die Fälle, die zur Entziehung des Pflichtteils berechtigen, sind in den §§ 2333—2334 aufgezählt. § 2335 kommt hier nicht in Betracht, da dieser Widerruf stets nur nach dem Tode des einen Ehegatten erfolgen kann. Eventuell kann der § 2335 nur in Betracht kommen, wenn der überlebende Ehegatte mit dem Bedachten eine neue Ehe eingeht. Nach § 2333 kann der Erblasser seine Verfügungen also gegenüber einem Abkömmling widerrufen, wenn derselbe ihm oder einem anderen Abkömmlinge nach dem Leben trachtet, wenn derselbe ihn vorsätzlich körperlich misshandelt, wenn er gegen den Erblasser ein Verbrechen oder ein schweres vorsätzliches Vergehen begeht, wenn er die ihm gegenüber dem Erblasser obliegende Unterhaltspflicht böswillig verletzt und schliesslich bei ehrlosem und unsittlichem Lebenswandel des Bedachten gegen den Willen des Erblassers. Sind die Eltern des Widerrufenden bedacht, so kann der Widerruf erfolgen, wenn sich dieselben »einer der im § 2333 No. 1, 3, 4 bezeichneten Verfehlungen schuldig gemacht haben« (§ 2334). Hat der Ueberlebende mit dem Bedachten eine neue Ehe eingegangen, so kann er die Verfügungen zu seinen Gunsten widerrufen, wenn sich

derselbe »einer Verfehlung schuldig macht, auf Grund deren der Erblasser nach den §§ 1565—1568 (Ehebruch, Lebensnachstellung, bösliches Verlassen, Zerrüttung des ehelichen Verhältnisses) auf Scheidung zu klagen berechtigt ist« (§ 2335).

Gehört der Bedachte nicht zu den Pflichtteilsberechtigten, so richtet sich das Widerrufsrecht des Ueberlebenden nach den für einen Abkömmling geltenden Regeln.

Dieses Widerrufsrecht des Ueberlebenden nach dem Tode des Vorverstorbenen ist deswegen zugelassen worden, weil es zweifellos auch dessen Intentionen entspricht, dass dem Bedachten, der sich eine solche Verfehlung zu schulden hat kommen lassen, das Zugewendete entzogen wird. In diesem Falle entzieht der Ueberlebende dem Bedachten nur das von ihm, nicht auch das vom Vorverstorbenen Zugedachte. Hat aber nach § 2269 jeder Ehegatte für den Fall seines Vorversterbens den anderen Ehegatten, für den Fall seines Ueberlebens einen Dritten eingesetzt, so hat es den Anschein, als widerrufe der Ueberlebende eine Verfügung des Verstorbenen. Dem ist aber nicht so, sondern mit dem Tode des einen Ehegatten wird seine Verfügung zu Gunsten des Dritten hinfällig, die Einsetzung des Dritten beruht nur noch auf der Verfügung des Ueberlebenden, sodass er dann doch nur seine eigene Verfügung widerruft.

Ist der Widerruf nach § 2333 No. 5 erfolgt, weil sich der Bedachte einem ehrlosen oder unsittlichen

Lebenswandel ergeben hatte, so ist er ungültig, wenn sich der Bedachte zur Zeit des Todes des Ueberlebenden dauernd von einem solchen Lebenswandel abgewendet hat (§ 2336 IV).[1]) Der andere Fall, in dem der Ueberlebende seine Verfügungen zu Gunsten eines Dritten nach § 2271 III widerrufen kann, ist der des § 2289 II, die sogenannte *exheredatio bona mente*. Dies bezieht sich aber nur auf die Bedachten, die zugleich Abkömmlinge des Ueberlebenden sind. Danach kann der Ueberlebende, wenn »sich ein Abkömmling in solchem Masse der Verschwendung ergeben« hat, oder »in einem solchen Masse überschuldet« ist, »dass sein späterer Erwerb erheblich gefährdet wird«, seine Verfügung »durch die Anordnung« beschränken, »dass nach dem Tode des Abkömmlinges dessen gesetzliche Erben das ihm Hinterlassene oder den ihm gebührenden Pflichtteil als Nacherben oder als Nachvermächtnisnehmer nach dem Verhältnis ihrer gesetzlichen Erbteile erhalten sollen. Der Erblasser kann auch für die Lebenszeit des Abkömmlings die Verwaltung einem Testamentsvollstrecker übertragen; der Abkömmling hat in einem solchen Falle Anspruch auf den jährlichen Reinertrag« (§ 2338 I). In beiden Fällen geschieht der Widerruf, resp. die Beschränkung der Verfügung durch letztwillige Verfügung, also durch Testament (§ 2336 I). »Der Grund der Entziehung muss zur Zeit der Errichtung bestehen und in der Verfügung angegeben werden.

---

[1]) Vgl. Planck, Erl. zu § 2271.

Der Beweis des Grundes liegt demjenigen ob, welcher die Entziehung geltend macht (§ 2336 II, III).

Wir haben im eben Gesagten gesehen, dass das gemeinschaftliche Testament grundsätzlich frei widerruflich ist. Im Gegensatze dazu ist der Erbvertrag, weil er eben seinem ganzen Wesen nach Vertrag ist, dem einseitigen freien Widerruf entzogen. Während also das gemeinschaftliche Testament grundsätzlich frei widerruflich ist, hat der gegenseitige Erbvertrag grundsätzlich eine bindende Wirkung und schliesst daher den freien Widerruf aus.[1])

Doch auch beim Erbvertrage gibt es eine einseitige Aufhebung desselben, aber nicht eine willkürliche, sondern eine an bestimmte Gründe und Voraussetzungen gebundene, es ist eben nicht der willkürliche Widerruf, sondern der formalisierte Rücktritt vom Vertrage. Da der Rücktritt eigentlich mit dem bindenden Charakter des Erbvertrages im Widerspruch steht, so bedarf es stets bestimmter Gründe, die ihn rechtfertigen.[2])

Was die Gründe des Rücktritts vom Erbvertrage anbelangt, so sind es im grossen und ganzen diejenigen, die zu dem Widerrufe eines gemeinschaftlichen korrespektiven Testaments berechtigen, es gibt aber hierbei noch einige Rücktrittsgründe, die nur beim Erbvertrage vorkommen.

Vor allem ist der Rücktritt vom Erbvertrage zu-

---

[1]) Vgl. Elsas l. c. S. 61.

[2]) Vgl. Elsas l. c. S. 61 ff.

lässig, wenn der Erblasser sich in dem Vertrage das Rücktrittsrecht vorbehält (§ 2293). Ueber diese Bestimmung gehen die Ansichten sehr auseinander. Hellwig[1]) findet, »dass es ein fehlerhafter Gedanke des Gesetzgebers war, wenn er im Gegensatze zu dem bisherigen Rechte die besonderen Normen über den Erbvertrag zur Anwendung gebracht wissen will«. Hellwig sagt auch an dieser Stelle, »dass in diesem Falle der »Erbvertrag« materiell nichts anderes, als ein Testament ist«. Schiffner[2]) ist nicht ganz so schroff in seiner Anschauung. Er findet, dass der Rücktrittsvorbehalt zwar nicht dem Wesen des Vertrages überhaupt, aber doch dem Wesen des Erbvertrages widerspräche, da dieser begrifflich ein bindender Vertrag ist. Schiffner erhebt hier die Frage: »Will derjenige überhaupt gebunden sein, welcher sich eine Erklärung vorbehält, durch die er schon willkürlich bewirken darf, dass er nicht gebunden ist? Schiffner findet also, dass durch den Rücktrittsvorbehalt überhaupt der Bindungswille vernichtet würde, der doch beim Erbvertrage wesentlich ist. Dementsprechend sollte dann möglichst vermieden werden, in dem Falle des Vorbehalts überhaupt noch von einem Erbvertrage zu sprechen. Auch Ubbelohde[3]) hält den Begriff des Erbvertrags mit dem Rücktrittsvorbehalt für unvereinbar.

---

[1]) l. c. S. 640.

[2]) l. c. S. 184.

[3]) Im Archiv für zivilistische Praxis Bd. 75 S. 54ff.

Endemann dagegen[1]) ist der Ansicht, dass ein Erbvertrag, ohne Möglichkeit zurückzutreten, »ungerecht und zweckwidrig« erscheine. Er führt aber, um die Notwendigkeit des Rücktrittsvorbehalts zu beweisen, nur historische und ethische Gründe an. Endemann hat ja vollständig recht, wenn er sagt, dass es »ungerecht und zweckwidrig« sei, einen Erblasser unwiderruflich an seine Verfügungen zu binden, denn nach dem Abschlusse des Erbvertrages könnten sich ja die Verhältnisse erheblich ändern, der Erblasser könne später durch »sorgsamere Ueberlegung und reifere Erkenntnis« zu anderen Anordnungen gebracht werden. Dann wäre es zweifellos höchst unzweckmässig, ihm die Möglichkeit abzuschneiden, später von seinen früheren vertragsmässigen Verfügungen zurückzutreten. Trotzdem wir nun, wie wir es noch einmal ausdrücklich betonen wollen, mit Endemanns Ausführungen vollständig einverstanden sind, so will es uns doch scheinen, als ob seine Begründung keine ausreichende ist, um den § 2293 zu rechtfertigen. Sondern mit Planck[2]) finden wir, dass der Rücktrittsvorbehalt nicht mit der Bindung des Erblassers im Widerspruch steht. Es ist doch auch bei obligatorischen Verträgen ein Rücktrittsvorbehalt möglich (§ 346 ff.), und darum ist doch die Bindung des Schuldners keine geringere. Wir sehen also, dass der Rücktritts-

---

[1]) l. c. § 57 S. 242ff. und § 60 S. 260.

[2]) l. c. Erl. zu § 2293 S. 546.

vorbehalt sehr wohl mit der prinzipiellen Bindung der Vertragschliessenden zu vereinbaren ist. Solange das Rücktrittsrecht nicht ausgeübt wird, ist die Gebundenheit des Erblassers genau dieselbe, als wenn der Erbvertrag ohne Rücktrittsvorbehalt abgeschlossen wäre, und der Erblasser unterliegt allen Beschränkungen, die der Abschluss eines Erbvertrags für ihn mit sich bringt (besonders §§ 2287—2289)[1]. Da in unserem Falle, beim gegenseitigen Erbvertrage, beide Vertragschliessende Erblasser sind, so können sich beide nach § 2293 im Erbvertrage den Rücktritt vorbehalten. Der Vorbehalt des Rücktritts kann sich sowohl auf den ganzen Vertrag erstrecken als auch auf einzelne Teile desselben[2]. Der Rücktritt kann sowohl für bestimmte Fälle als auch im allgemeinen unbeschränkt vorbehalten werden.

Es gibt aber beim Erbvertrage auch Gründe, die zum Widerrufe desselben berechtigen, auch wenn er ohne Rücktrittsvorbehalt abgeschlossen worden war. Hierher gehört vor allem der Rücktritt wegen Verfehlung des Bedachten gemäss § 2294. Da Inhalt und Wirkungen dieser Bestimmungen genau dieselben sind wie beim gemeinschaftlichen gegenseitigen Testamente, wo wir sie eingehend erörterten, so weisen wir hier nur auf jene Besprechung hin.

---

[1]) Planck l. c. S. 546.

[2]) So Schiffner l. c. S. 185 Note 8; auch die Motive Bd. V S. 343, 346.

Ein weiterer Fall des Rücktritts ohne Vorbehalt ist der des Wegfalls der Gegenleistung (§ 2295). Trotzdem solche Gegenleistungen beim gegenseitigen Erbvertrag wohl kaum vorkommen, so wollen wir die Bestimmungen des § 2295 doch hier besprechen, da ihre Anwendung beim gegenseitigen Erbvertrag immerhin denkbar ist.

Danach kann der Erblasser »von einer vertragsmässigen Verfügung zurücktreten, wenn die Verfügung mit Rücksicht auf eine rechtsgeschäftliche Verpflichtung des Bedachten, dem Erblasser für dessen Lebenszeit wiederkehrende Leistungen zu entrichten, insbesondere Unterhalt zu gewähren, getroffen ist und die Verpflichtung vor dem Tode des Erblassers aufgehoben wird« (§ 2295).

Da die Art, in der der Rücktritt vom Erbvertrage sich vollzieht, die gleiche ist wie die des Widerrufs eines gemeinschaftlichen Testaments, und wir letzteren schon weiter oben besprochen haben, so erübrigt sich an dieser Stelle die Besprechung des Rücktritts vom Erbvertrage. Für die Zeit nach dem Tode des einen Vertragschliessenden ist der Rücktritt durch § 2297 geregelt. Danach kann der Ueberlebende, soweit er zum Rücktritte berechtigt ist, nach dem Tode des anderen Vertragschliessenden seine Verfügungen durch Testament aufheben. § 2298 trifft dann noch einige Sonderbestimmungen, die bei der Aufhebung eines gegenseitigen Vertrages gelten. Danach ist der ganze gegenseitige Erbvertrag unwirksam, wenn eine ver-

tragsmässige Verfügung des einen Vertragschliessenden nichtig wird (§ 2298 I). Dies gilt aber nur insoweit, als kein anderer Wille der Vertragschliessenden anzunehmen ist (§ 2298 III). Es besteht also beim gegenseitigen Erbvertrage eine gesetzliche Vermutung dafür, dass die Verfügungen des einen Erblassers nur mit Rücksicht auf die des anderen getroffen worden sind, dass die Verfügungen des einen mit denen des anderen stehen und fallen sollen.[1])

Die Nichtigkeit muss eine ursprüngliche oder durch Anfechtung herbeigeführte sein. Blosse Wirkungslosigkeit einer Verfügung infolge Ausfalls einer Bedingung, Versterbens des Bedachten, Ausschlagung usw. steht der Nichtigkeit nicht gleich.[2])

Ist in einem solchen Vertrage der Rücktritt vorbehalten, so wird durch den Rücktritt eines der Vertragschliessenden der ganze Vertrag aufgehoben (§ 2298 II Satz 1). Aber auch hier ist ein abweichender Wille der Vertragschliessenden zu berücksichtigen.

Es ist auch noch zu bemerken, dass der Rücktritt des einen Vertragschliessenden im Zweifel nur die Nichtigkeit des ganzen Vertrages nach sich zieht, wenn er infolge Rücktrittsvorbehalts (§ 2293) ausgeübt wird. Tritt also der eine Vertragschliessende wegen einer Verfehlung des Bedachten (§ 2294) oder wegen Wegfalls der Gegenleistung (§ 2295) zurück, so bleiben

---

[1]) Planck l. c. Erl. 1 zu § 2298 S. 552.

[2]) Planck ebenda.

im Zweifel die Verfügungen des anderen Teils bestehen, falls sie nicht ausdrücklich von denjenigen des Zurücktretenden abhängig gemacht worden sind.[1])

»Das Rücktrittsrecht erlischt mit dem Tode des anderen Vertragschliessenden« (§ 2298 II Satz 2).

Natürlich erlischt aber nur das vorbehaltene Rücktrittsrecht, während das Rücktrittsrecht aus den §§ 2294 und 2295 auch hier fortbesteht, denn auch hier dürfte es, wie beim gemeinschaftlichen Testamente, den Intentionen des Vorverstorbenen entsprechen, dass in diesen Fällen der Ueberlebende von seinen Verfügungen zurücktreten kann.

Auch hier wird entsprechend der Bestimmung des § 2271 II die Unwiderruflichkeit der Verfügungen nach dem Tode des anderen Vertragschliessenden durch die Vorschrift des § 2298 II Satz 3 durchbrochen. Danach kann auch hier der Ueberlebende, wenn er das ihm durch den Vertrag Zugewendete ausschlägt, seine Verfügungen durch Testament aufheben.

Alle Vorschriften des § 2298 gelten aber nach Absatz 3 nur insofern, als kein entgegenstehender Wille der Vertragschliessenden anzunehmen ist.

Nachdem wir hiermit die Besprechung der Aufhebung des gemeinschaftlichen Testaments und des Erbvertrags durch Widerruf, resp. durch Rücktritt beendigt haben, bleibt uns noch übrig zu erwähnen, dass sowohl das gemeinschaftliche Testament als auch

---

[1]) Planck l. c. Erl. 3a zu § 2298 S. 553.

der gegenseitige Erbvertrag auch durch neue Verfügungen von Todes wegen aufgehoben werden können. Das gegenseitige nicht korrespektive Testament kann nach § 2258 durch ein späteres Testament aufgehoben werden.

Bezüglich des gemeinschaftlichen korrespektiven Testaments bestimmt § 2271 I Satz 2, sie könnten durch eine neue Verfügung von Todes wegen nicht einseitig aufgehoben werden. Wir haben schon oben dargelegt, dass hier der Gegensatz zu »nicht einseitig« nicht, wie Strohal meint, »mit formloser Zustimmung«, sondern »zweiseitig« ist. Demgemäss ergibt sich *per argumentum e contrario* aus § 2271 I Satz 2, dass ein gemeinschaftliches korrespektives Testament sowohl durch ein neues gemeinschaftliches Testament als auch durch einen Erbvertrag aufgehoben werden kann.

Dementsprechend kann ein Erbvertrag auch durch einen neuen Vertrag unter denselben Personen, die den Erbvertrag geschlossen hatten, aufgehoben werden (§ 2290 I). Dieser Aufhebungsvertrag bedarf derselben Form wie der Erbvertrag selbst (§ 2290 IV). Nur bedarf der Erblasser (also in unserem Falle beide Vertragschliessenden) nicht zum Abschlusse des Aufhebungsvertrags, wenn er in der Geschäftsfähigkeit beschränkt geworden ist, der Zustimmung seines gesetzlichen Vertreters (§ 2290 II), da er dadurch ja nur einen rechtlichen Vorteil erlangt, dass er sich von der Bindung durch den Erbvertrag befreit. Nach § 2292 kann schliesslich noch ein Erbvertrag, wenn er unter

Ehegatten abgeschlossen ist, durch ein gemeinschaftliches Testament derselben aufgehoben werden. Was die Verfügungen anbetrifft, die jeder Vertragschliessende gemäss § 2299 im Erbvertrage einseitig treffen kann, so gilt für sie das Gleiche, als wenn sie durch Testament getroffen wären. Aber sie können auch in dem Vertrage »aufgehoben werden, durch den eine vertragsmässige Verfügung aufgehoben wird (§ 2299 I).

»Wird der Erbvertrag durch Ausübung des Rücktrittsrechts oder durch Vertrag aufgehoben, so tritt die Verfügung ausser Kraft, sofern nicht ein anderer Wille des Erblassers auzunehmen ist« (§ 2299 III). Die Aufhebung der einseitigen Verfügungen durch Aufhebung des Erbvertrags tritt also nur ein, wenn die Erblasser bei Aufhebung des Erbvertrags nichts bestimmt haben, entgegenstehende Anordnungen sind aber zulässig.[1])

[1]) Schiffner S. 68 Note 18.

§ 9.

Eröffnung des gemeinschaftlichen Testaments und des Erbvertrags.

Betreffs der Eröffnung eines gemeinschaftlichen nicht korrespektiven Testaments gelten die Vorschriften über die Eröffnung eines Einzeltestaments (§ 2259-2264). Nach § 2259 muss jedes Testament, welches sich nicht in amtlicher Verwahrung befindet, nach dem Tode des Erblassers beim Nachlassgerichte abgeliefert werden. Nach § 2260 hat dann das Nachlassgericht einen Termin anzusetzen, zu dem die gesetzlichen Erben und die sonstigen Beteiligten vorzuladen sind. »In diesem Termin ist das Testament zu eröffnen, den Beteiligten zu verkünden und ihnen auf Verlangen vorzulegen« (§ 2260 II Satz 1).

Schliesslich bestimmt noch § 2263: »Eine Anordnung des Erblassers, durch die er verbietet, das Testament alsbald nach seinem Tode zu eröffnen, ist nichtig«.

Bei der Eröffnung eines gemeinschaftlichen korrespektiven Testaments gelten im allgemeinen auch die Vorschriften der §§ 2259—2264. Nur gibt § 2273 einige Sonderbestimmungen. Danach sind bei der

Eröffnung des gemeinschaftlichen Testaments die Verfügungen des Ueberlebenden, soweit sie sich sondern lassen, weder zu verkünden, noch sonst zur Kenntnis zu bringen. Lassen sich die Verfügungen beider Ehegatten nicht sondern, so findet § 2273 überhaupt keine Anwendung, auch nicht insofern, als er bestimmt, dass von den Verfügungen des verstorbenen Ehegatten eine beglaubigte Abschrift anzufertigen und das Testament wieder zu verschliessen ist (§ 2273 Satz 2 und 3). Lassen sich die beiderseitigen Verfügungen nicht trennen, so wird das ganze Testament verkündigt und dann offen aufbewahrt. Auch eine nochmalige Verkündigung des Testaments nach dem Tode des Ueberlebenden unterbleibt, da der Inhalt ja schon bekannt ist und die erneute Verkündigung nur eine zwecklose Förmlichkeit wäre.[1])

Für die Eröffnung des Erbvertrages gelten nach § 2300 dieselben Vorschriften, wie für die Eröffnung eines Testaments, es richtet sich also alles nach den §§ 2259—2263, 2273. Nur bei Erbverträgen, die sich nicht in besonderer amtlicher Verwahrung befinden, findet § 2273, Satz 2 und 3 keine Anwendung, d. h. von den Verfügungen des verstorbenen Vertragschliessenden braucht keine Abschrift angefertigt zu werden, auch braucht der Erbvertrag nicht wieder verschlossen zu werden. Der Erbvertrag hat aber jedensfalls nach der Eröffnung bei den Akten des Nachlassgerichts

---

[1]) Planck l. c. Erl. zu § 2273.

zu verbleiben, ob er früher in amtlicher Verwahrung sich befand oder nicht. Die Streitfrage, ob alle Erbverträge nach den für Testamente geltenden Vorschriften zu eröffnen seien oder nur diejenigen, die in amtlicher Verwahrung sich befanden, ist in ersterem Sinne entschieden worden. Diese Meinung vertraten vor allem Planck[1]) und Strohal[2]). Auch das Reichsgericht[3]) folgt dieser Ansicht. Somit »dürften abweichende Ansichten anderer als erledigt zu betrachten sein«.[4]) Diese Ansicht stützt sich auf den Wortlaut des § 2300; da nur Satz 2, 3 des § 2273 nur auf Erbverträge anzuwenden sind, die sich in amtlicher Verwahrung befanden, so folgt *per argumentum e contrario,* dass alle sonst für Testamente geltenden Vorschriften auf alle Erbverträge Anwendung zu finden hätten, also auch die Vorschriften über die Eröffnung der Testamente.

---

[1]) l. c. Erl. zu § 2300 S. 557.

[2]) l. c. § 48 S. 410.

[3]) Bd. 48 S. 96.

[4]) Strohal l. c. S. 410 Note 10.